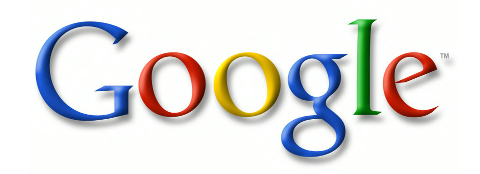
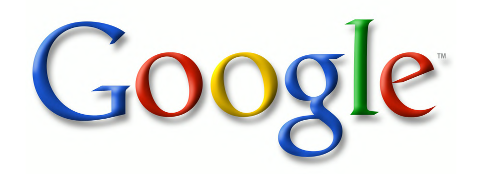





DISPOSED OF BY ORDER
A.S.O.


1437
ULTU IN OSTEN
LIBER COLL OMN ANIM
FIDEL DEFVNCT IN OXON

ZUR
LEHRE VOM ZWANGE.

EINE

CIVILISTISCHE ABHANDLUNG

VON

DR. JUR. SIEGMUND SCHLOSSMANN,

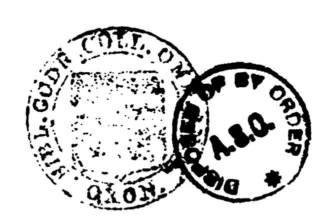
GERICHTS-ASSESSOR A. D. UND PRIVAT-DOCENTEN IN BRESLAU.

LEIPZIG,

DRUCK UND VERLAG VON BREITKOPF UND HÄRTEL.

1874.


BODLEIAN
13 FEB 1975
D
LAW LIBRARY


BIBL. CODR. COLL. OMN.
OXON.
DISPOSED OF BY ORDER
A.S.O.

Vorwort.

In nicht wenigen Lehren des Civilrechts verschliesst sich unsere Theorie die richtige Erkenntniss der Rechtsanschauungen der Römer dadurch, dass sie dieselben auf abstracte Dogmen zurückführt, welche die Römer angeblich in ihnen zur Geltung gebracht haben sollen; — eine Methode, welche durch die trefflichen Bemerkungen Jhering's in seinem »Geist des röm. Rechts« Band III S. 299 ff. eine so scharfe wie gerechte Kritik erfahren hat. Hierher zählt nach meiner Ueberzeugung auch die Lehre vom Zwange. Der abstracte Satz: die Willensfreiheit kann durch Zwang nicht aufgehoben werden — soll nach der fast einstimmigen Behauptung der Rechtslehrer dieser Lehre die Gestalt gegeben haben, welche sie im römischen Rechte zeigt, und consequenterweise entwickelte man dieselbe in denjenigen Punkten, für welche das römische Recht ausdrückliche Regeln und Entscheidungen nicht darbot, im Sinne jenes Satzes weiter. So sehr ich aber überzeugt bin, dass ohne die Autorität der römischen Juristen, welche diesen Satz aufgestellt und in ihrem Rechtssystem angeblich verwirklicht haben sollen, man niemals darauf gekommen wäre, ihn zu behaupten, so halte ich es auch für unmöglich, dass die Römer ihn jemals in dieser Lehre zum Ausgangspunkte genommen, und hier die so oft in unserer heutigen Wissenschaft zu Gunsten einer philosophischen Abstraction gewaltsam zurückgedrängte und verpönte »natürliche Anschauungsweise« verlassen haben sollten. Wenn es noch wenigstens möglich gewesen wäre, alle einzelnen Sätze des römischen Rechts in der Lehre vom Zwange mit dem erwähnten Dogma in einen wenn selbst nur äusserlichen Einklang zu bringen! Dass dies nicht hat gelingen wollen, ist bekannt; auf den verschiedensten Wegen ist in umfassenden Arbeiten der Versuch gemacht worden, die Disharmonie zwischen dem

angeblichen Grundprinzip der Lehre und den positiven für dieselbe in den Quellen sich findenden Rechtsregeln und Entscheidungen zu lösen; trotz allen Hin- und Herrechnens ging die Rechnung nicht auf.

Der der römischen Jurisprudenz imputirte Satz: ‚coactus voluit', welcher sich scheinbar in unseren Quellen als Prinzip klar ausgesprochen findet, schien mir nun verdächtig genug, um mich zu einer nochmaligen Untersuchung über die römische Lehre vom Zwange zu veranlassen, trotz des entschiedenen Widerspruches, auf welchen ein früherer Schriftsteller (Kritz) mit seinen das herrschende Dogma bekämpfenden Ausführungen gestossen war.

Sollte hierbei ein sicheres Urtheil darüber, ob jenes Dogma oder welche anderen allgemeinen Rechtsanschauungen in der Lehre vom Zwange bei den Römern massgebend gewesen sind, gewonnen werden, so musste von dem Dogma zunächst völlig abgesehen werden. Es durften nicht die positiven Rechtsregeln aus ihm deducirt, vielmehr musste nach der inductiven Methode das zu erforschende Grundprinzip der Lehre aus den concreten Erscheinungsformen, welche es in den praktischen Rechtssätzen angenommen hat, abstrahirt werden. Bei diesem, in den nachfolgenden Blättern veröffentlichten Versuche bin ich nun nicht allein in Bezug auf das oberste Prinzip der Lehre, sondern auch nahezu in sämmtlichen dem Detail derselben angehörigen Fragen zu Ergebnissen gelangt, welche den zur Zeit herrschenden Anschauungen gerade entgegengesetzt sind. Dass mich hierzu etwa blosse Lust am Widerspruch geleitet hätte, diesen Vorwurf glaube ich nicht befürchten zu dürfen. Ob aber das von mir den gegenwärtig in dieser Lehre massgebenden Meinungen Entgegengestellte in dem einen oder anderen Punkte vor jenen den Vorzug verdiene, darüber mögen Andere urtheilen. —

Die Schrift von Giuseppe Carle, de exceptionibus in iure Romano (Augustae Taurinorum, Romae et Florentiae 1873) und die von Karl Birkmeyer, die Exceptionen im bonae fidei iudicium (Erlangen 1874) kamen mir leider so spät zu, dass ich sie nicht mehr berücksichtigen konnte.

Breslau, im Juni 1874.

S. S.

Inhaltsverzeichniss.

§ 1.

Einleitung.

Dass Zwang nach römischem Rechte die Wirkung der unter seinem Einflusse entstandenen Rechtsgeschäfte beeinträchtige, und dass es für jede Gesetzgebung eine Anforderung der Gerechtigkeit sei, ihm als einem den Grundlagen der Rechtsordnung widerstrebenden Elemente entgegenzutreten, hierüber herrscht unter allen Schriftstellern vollstes Einverständniss, — keineswegs aber auch darüber, welchen Weg unser positives Recht bei Eliminirung des Zwanges eingeschlagen hat, und welcher Weg durch das Wesen des Zwanges und durch sein Verhältniss zum Willen vorgezeichnet werde.

Sehr verschiedene Anschauungen standen, und stehen noch heut in dieser Frage einander gegenüber. Im Anschluss an die zu einem juristischen Schlagwort gewordenen Worte des Paulus in l. 21 § 5 quod metus causa 4, 2: ‚coactus voluit', und nach dem Vorgange von Savigny, wird von der einen Seite behauptet, der Zwang schliesse den Willen nicht aus; darum müsse das erzwungene Geschäft »an sich« als gültig erachtet, und könne der Tendenz, dem Zwange entgegenzutreten, nur indirect durch Wiederbeseitigung der an sich einmal eingetretenen Rechtswirkung Rechnung getragen werden. Diese Auffassung wird denn auch von Savigny

und mit ihm von der weit überwiegenden Zahl der Schriftsteller als die der römischen Juristen hingestellt, und sowohl durch die ganze Art der Behandlung des Zwanges, als durch ausdrückliche Quellenzeugnisse für so klar erwiesen angesehen, dass hiergegen der Widerstreit anderer Stellen ohne Weiteres als ein nur scheinbarer nicht in Betracht kommen könne.[1])

Die entgegengesetzte Auffassung: der Zwang schliesst die Freiheit des Willens aus, das erzwungene Geschäft entbehrt daher von vornherein aller rechtlichen Wirkung —, ist nur von Kritz[2]) vertheidigt worden. Nach ihm ist der Savigny'schen Lehre, soweit sie sich auf die philosophische Auffassung der Natur des Zwanges bezieht, ein prinzipieller Widerspruch nicht mehr entgegengesetzt worden. Es konnte indess nicht fehlen, dass die, wenigstens prima facie sich als solche in den Quellen darbietenden Widersprüche bei der Behandlung erzwungener Geschäfte zu eingehenderer Beachtung, als ihr anfänglich zu Theil geworden war, aufforderten, und die Aufklärung derselben bildete denn seit Schliemann[3]) die wesentliche Aufgabe der, der Lehre vom Zwange zugewendeten Arbeiten. Der Dualismus in den Quellen, — Nichtigkeit erzwungener Geschäfte hier, dort Gültigkeit, aber Beseitigung der Wirkungen auf indirectem Wege, — ward anerkannt von Schliemann, Brinz, Czyhlarz, wogegen in neuester Zeit Schulin[4]) wiederum das Vorhandensein eines

---

[1]) Vgl. Savigny, System III S. 98 ff. Puchta, Pand. § 56. Wächter, Württemb. Priv. R. II S. 761 ff. Sintenis, gem. Civ. R. I § 22 I. Arndts, Pand. § 61. Windscheid, Pand. I § 80 Anm. 2 Unger, östr. Priv. R. II S. 44 ff. Koch, Recht der Forderungen II § 75. Förster, Theorie und Praxis des preuss. Priv. R. I § 29 und Anm. 4, überhaupt alle Compendien seit Savigny's System, mit Ausnahme von Brinz, Pand.

[2]) Sammlung von Rechtsf. u. Entsch. Band 5. S. 38 ff.

[3]) Die Lehre vom Zwange. Rostock 1861.

[4]) Ueber einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio (Marburg 1873) S. 18—47.

Widerspruches in den Quellen völlig leugnet. — Unter den Erstgenannten suchte ein Jeder auf anderem Wege die Verschiedenartigkeit der Behandlung erzwungener Geschäfte zu erklären. Schliemann[5]) führte bekanntlich den Dualismus auf eine in der römischen Rechtsentwicklung in dieser Frage hervorgetretene Verschiedenheit der Grundanschauungen zurück, zwischen welchen ein Ausgleich nie erreicht worden, und die uns deshalb noch in der justinianischen Compilation, Dank der mangelnden Einsicht Justinians und der Compilatoren unversöhnt entgegenträten. Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht ist bereits von Anderen durch die Bemerkung, dass unmöglich ein und derselbe Jurist, Paulus[6]), gleichzeitig Vertreter beider entgegengesetzten Anschauungen gewesen sein könne, genügend dargethan.

Brinz[7]) versuchte eine Grenztheilung zwischen den in den Quellen vorhandenen verschiedenen Behandlungsweisen, indem er der Anfechtbarkeit die lediglich auf die voluntas gebauten Geschäfte, der Nichtigkeit dagegen die durch eine specielle Causa differenzirten zuwies. Auch dieser, von Brinz selbst nur als Hypothese bezeichnete Versuch ist erheblichen Einwendungen ausgesetzt. Schon das Theilungsprinzip beruht auf einem Gegensatz der m. E. zur Zeit seine Existenzberechtigung in der Wissenschaft noch keineswegs genügend nachgewiesen hat, auf dem Gegensatz von formalen und causalen Geschäften. Die Darstellung von Brinz selbst zeigt, zumal bei der Subsumtion der einzelnen Geschäfte unter jene Kategorien, und besonders der Tradition, wie viel Schwankendes jener Gegensatz noch hat. Alle die Bedenken, die sich an den Begriff der seit Bähr sogenannten negativ-formellen Geschäfte knüpfen, treten uns hier noch ungelöst entgegen.

---

5) A. a. O. S. 87 ff.

6) l. 21 § 4 vgl. mit § 5 qu. m. c.

7) Brinz, Lehrb. d. Pand. II § 320 ff. bes. § 324.

Schon wegen dieser theoretischen Unsicherheit der Grundlage vermag die Brinz'sche Hypothese nicht zu befriedigen, — ganz abgesehen davon, dass selbst wenn wir uns die vorgeschlagene Grenztheilung gefallen liessen, auch sie innerhalb der einzelnen Felder Widersprüche bestehen lässt, die wiederum für die letzteren eine weitere Parzellirung erfordern würden. Warum z. B. das erzwungene Stipulationsversprechen einer dos nichtig sein soll, obwohl es doch ein formelles Geschäft ist, das nicht mehr und nicht weniger durch die causa bedingt ist, wie jede andere Stipulation, muss die von Brinz gezogene Grenze sofort wieder verdunkeln. Dass die dotis promissio alle anderen Stipulationen durch ihren »über das blosse Vermögen erhabenen Zweck überragte«[8]), ist nicht zuzugeben, würde aber die Nichtigkeit einer erzwungenen Dotalpromission noch nicht erklären.

In der Erklärung des in den Quellen sich findenden Gegensatzes hat nun, wie ich glaube, Czyhlarz[9]) den richtigen Weg betreten, wenn er ihn auf den Gegensatz des civilen und des prätorischen Rechts zurückzuführen sucht, und in dem ersteren den Grundsatz: erzwungene Rechtsgeschäfte sind gültig, — in dem letzteren das Prinzip: erzwungene Rechtsgeschäfte sind ungültig, — verwirklicht findet. Diese Ansicht ist indess einer noch schärferen Begründung und der Weiterführung bedürftig und fähig; mehrere auch bei dieser Auffassung zurückgebliebene Schwierigkeiten können, wie ich glaube, in ungezwungenerer Weise, als seitens Czyhlarz geschehen, gehoben werden. Schon aus diesen Gründen halte ich eine wiederholte Besprechung der hier einschlägigen Fragen für gerechtfertigt. Ganz besonders scheint mir eine solche aber erfordert zu werden durch den Stand, den unsere Theorie

8) Brinz a. a. O. S. 1437.
9) Jahrb. f. Dogm. XIII S. 1 ff.

in der philosophischen Frage nach dem Wesen des Zwanges und seiner Stellung zum menschlichen Willen einnimmt.

Die rein philosophische Frage: welches ist das Verhältniss des Zwanges zur Freiheit des Willens? und die daran sich knüpfende: welche rechtliche Behandlung der durch Zwang beeinflussten Rechtsgeschäfte ist das der Natur jenes Verhältnisses entsprechende? lässt sich zwar vollständig trennen von der Untersuchung, wie irgend ein positives Recht erzwungene Geschäfte in Wirklichkeit beurtheilt hat. Mit der Antwort auf jene Fragen ist nicht nothwendig auch die auf die letztere gewonnen. In unserer Theorie ist es indess, — wohl zumeist in Folge davon, dass sich, anscheinend mindestens, in l. 21 § 5 qu. met. c. der Versuch einer philosophischen Begründung des positiven Rechts findet — gekommen, dass die Erörterung der positivrechtlichen und die der philosophischen Fragen in der Lehre vom Zwang ineinanderfliessen, und dass jede Partei für das von ihr aus den Quellen geschöpfte Recht Uebereinstimmung mit der philosophischen Idee behauptet. Während so Savigny und die Anhänger seiner Lehre die Gültigkeit des erzwungenen Geschäfts als mit dem Wesen des Zwanges allein verträglich hinstellen, halten die Bekenner des Dualismus sowohl die Nichtigkeit, als auch die, wenngleich anfechtbare, Gültigkeit für vereinbar mit der Natur des Zwanges, und versagen deshalb keinem der beiden, nach ihrem Zugeständniss, im römischen Rechte zur Anwendung gebrachten Systeme das Anerkenntniss einer philosophisch richtigen Grundlage. [10]) So wenig aber ein Urtheil zu gleicher Zeit richtig und falsch sein kann, so kann die Frage, ob der Zwang die Freiheit des Willens aufzuheben vermöge, oder ausnahmslos immer bestehen lasse, nur entweder bejaht, oder verneint werden. Ich halte allein

---

10) Brinz a. a. O. S. 1420. 1421. Schliemann a. a. O. S. 88 ff. Czyhlarz a. a. O. S. 18.

die bejahende Beantwortung der ersteren Frage für richtig. Obwohl indess Angesichts des positiven Inhalts unserer Quellen jede philosophische Erörterung über das Wesen des Zwanges für die geschichtliche und dogmatische Erkenntniss der römischen Lehre vom Zwange für völlig bedeutungslos erachtet werden muss, so kann ihr doch, nach dem Gange, welchen die Behandlung dieser Lehre thatsächlich einmal genommen hat, nicht ausgewichen werden; ich werde deshalb auch ihr mich unterziehen.

Für die Anordnung der im Nachfolgenden versuchten Erörterungen über die wesentlichsten Fragen in der Lehre vom Zwange sind folgende Gesichtspunkte massgebend gewesen.

1) Den wesentlichsten Streitpunkt in dieser Materie bildet die Frage: Sind erzwungene Rechtsgeschäfte nach römischem Recht stets anfechtbar, oder ist in demselben nur ein Theil der Geschäfte als anfechtbar, ein anderer dagegen als nichtig behandelt? Ich erhebe zunächst Einspruch gegen die Art der Fragstellung, da der Gegensatz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit in der materiellen Bedeutung, in der er in der heutigen Doctrin auftritt, m. E. wesenlos ist. Derselbe fällt zusammen mit einem lediglich durch die historische Entwicklungsweise des römischen Rechts erzeugten Gegensatze rein formaler Natur, dem der Unwirksamkeit nach Civilrecht, und der Unwirksamkeit, welche der Prätor, unter Verdrängung eines Civilrechtssatzes unter bestimmten Voraussetzungen statuirt. Der Nachweis hiervon wird den Inhalt des ersten, die §§ 1 bis 3 umfassenden Theils der nachstehenden Arbeit bilden.

2) Nach dem Vorangegangenen kann weder für das justinianische, noch für das heutige gemeine Recht die Frage, ob gültig aber anfechtbar, ob theilweis auch nichtig? noch gestellt werden. Es bleibt lediglich Raum für die Untersuchung, welche Grundsätze, solange der Gegensatz von Civilrecht und honorarischem Recht noch in Kraft bestand, nach

dem römischen Civilrecht für erzwungene Geschäfte galten und welche Grundsätze der Prätor in seiner Jurisdiction zur Anwendung brachte. Diese Erörterung, nebst dem Versuche die innerhalb jener beiden Gebiete anscheinend bestehenden Widersprüche zu beseitigen, bildet die Aufgabe der §§ 4—10.

3) Die folgenden Abschnitte (§§ 11—13) beschäftigen sich mit näherer Erörterung der einzelnen gegen den Zwang gewährten prätorischen Rechtsmittel, und ihrer heutigen Anwendbarkeit.

4) Zum Schluss soll das Dogma, ‚coactus voluit‘ einer Prüfung unterzogen, und ferner untersucht werden, welche allgemeinen Ursachen auf die positive Gestaltung der römischen Lehre vom Zwange von Einfluss gewesen sind (§§ 14 und 15).

---

§ 2.

Die Fragestellung. Materielle Bedeutung der Begriffe: Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.

Die Begriffe »Nichtigkeit« und »Anfechtbarkeit« bilden eine stehende Rubrik in unseren Rechtssystemen.[11] Bei allen Schwankungen in Einzelnheiten kommen doch alle Schriftsteller in der Bestimmung jener Begriffe im Wesentlichen überein. Man versteht h. z. T. unter einem nichtigen Rechtsgeschäft dasjenige, welches die beabsichtigte Rechtswirkung überhaupt nicht hervorzubringen im Stande ist, unter einem anfechtbaren ein solches, welches zwar »an sich« gültig ist, wegen eines ihm anhaftenden Mangels indess der Wirksamkeit wieder beraubt werden kann.

Aus den erwähnten Begriffen werden folgende Sätze als

---

[11]) Ich enthalte mich hier aller Citate, da in den Grundzügen dieser Lehre sämmtliche Schriftsteller übereinstimmen.

aus deren Wesen folgend abgeleitet. Die Nichtigkeit eines Geschäfts tritt von selbst ein, das nichtige Geschäft wird vom Recht wie nicht vorhanden angesehen; es bedarf nicht erst einer Beseitigung, Umstossung des Geschäfts, um seine Unwirksamkeit herbeizuführen. — Das anfechtbare Geschäft kann nur durch einen, auf seine Umstossung gerichteten Angriff der ihm »an sich« beiwohnenden Wirkung beraubt werden; es bedarf zu diesem Zwecke der Anwendung besonderer Rechtsmittel, als Exceptionen, Condictionen, prätorischer Klagen, Restitutionen u. s. w.

Auf die Nichtigkeit eines Geschäfts darf sich Jedermann berufen; die Anfechtung eines an sich gültigen Geschäfts ist eine stets nur bestimmten Personen zuständige Befugniss. Der durch das anfechtbare Geschäft herbeigeführte Rechtszustand besteht daher solange, als seine Aufhebung von dem Berechtigten nicht gefordert und vom Richter ausgesprochen ist. — Ein nichtiges Geschäft kann nicht nachträglich gültig werden. Das anfechtbareGeschäft kann, da ihm an sich eine, nur durch ein Hemmniss gebundene Kraft zukommt, durch Beseitigung dieses Hemmnisses zu ungeschmälerter Wirksamkeit gelangen.

Ob ein die Wirkung eines Geschäfts beeinträchtigender Umstand Nichtigkeit, oder Anfechtbarkeit bedinge, ist nach den herrschenden Anschauungen nicht Sache willkürlicher Festsetzung, sondern Consequenz aus der inneren Natur jener Umstände. So sind z. B. Handlungsunfähigkeit, der sog. wesentliche Irrthum, anfängliche Unmöglichkeit der Leistung bei Verträgen, *ihrem Wesen nach* Nichtigkeitsgründe; Betrug, Zwang [12], die fraudulose Absicht des Schuldners bei Ver-

---

[12] Beim Zwange tritt die erwähnte Anschauungsweise am Klarsten hervor. Die Beantwortung der Frage, ob das erzwungene Geschäft nichtig, oder anfechtbar sei, wird allgemein auf die philosophische Untersuchung der Begriffe »Wille« und »Zwang« gegründet. Am Prägnantesten, weil

äusserungen ihrer inneren Natur nach Anfechtungsgründe. — Dass nun unter Voraussetzungen, welche ihrem Wesen nach der herrschenden Lehre gemäss vollständige Nichtigkeit bedingen müssten, in Wahrheit oft nach römischem Rechte ein von dem aufgestellten Begriff der Nichtigkeit erheblich abweichender Zustand eintritt, dass z. B. der mit einem Unmündigen geschlossene zweiseitige Vertrag für den anderen Contrahenten verbindlich bleibt [13]), hätte die Frage nahe legen sollen, ob überhaupt die Römer beim Ausbau ihres Rechtes die abstracten Begriffe von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit zu Ausgangspunkten genommen und sich an die theoretischen Consequenzen aus denselben gebunden haben. [14]) Dass dies der Fall gewesen, wurde ohne Weiteres vorausgesetzt; man versuchte die Inconsequenz in Schein aufzulösen, die Einen, indem sie auch jenen, von dem an die Spitze gestellten Begriff der Nichtigkeit so gänzlich sich entfernenden Zustand als eine besondere Art der Nichtigkeit, als relative Nichtigkeit charakterisirten, — in Wahrheit hiess dies nichts Anderes als die sog. Anfechtbarkeit in diesem besonderen Falle mit dem Namen Nichtigkeit belegen, — die Anderen, indem sie eine Nichtigkeit der einen Seite eines Vertrages annahmen; womit aber gleichfalls der Unterschied von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit nur im Namen, nicht in der Sache festgehalten ist. [15])

In der That können die Kategorien Nichtigkeit und Anfechtbarkeit in der ihnen in unseren Systemen beigelegten materiellen Bedeutung nicht aufrechterhalten werden.

---

in knappster Form zeigt sich dies bei Bruns in v. Holtzendorff's Encyclopädie (1. Aufl.) I S. 280.

[13]) Vgl. l. 13 § 29 de act. emt. 19, 1. pr. J. de auct. tut. 1, 21.

[14]) Zum Beweise, dass die Römer von lediglich praktischen Erwägungen in diesen Fragen ausgegangen sind, nehme ich auf die unten Anm. 26 citirten Stellen Bezug.

[15]) Vgl. im Allgemeinen über die Frage Brinz, Pand. S. 1637 ff. Brandis in der Giesser Zsch. VII S. 121 ff.

Die ihnen zu Grunde liegenden Erscheinungen sind diese. Bei sog. Nichtigkeit liegt ein Thatbestand vor, welcher eine rechtliche Wirkung nicht hervorbringt; je nach Verschiedenheit der Fälle kann nur entweder jener Thatbestand durch Hinzutritt eines in ihm noch nicht enthalten gewesenen Umstandes zu einem rechtlich relevanten Thatbestande vervollständigt werden, vorausgesetzt dass das Recht für den betreffenden Fall das successive Existentwerden der thatsächlichen Voraussetzungen für die Rechtswirkung zulässt[16]; oder wir können in unserer Vorstellung aus der Gesammtheit des vorliegenden Thatbestandes eine Summe von Umständen ausscheiden, welche bei dem Nichtvorhandensein der übrigen Umstände eine rechtliche Wirkung erzeugt haben würden. — Bei dem sog. anfechtbaren Geschäft liegen zwei, juristisch völlig zu trennende verschiedene Thatbestände vor, von denen der eine eine rechtliche Wirkung herbeiführt, der andere dagegen bewirkt, dass jene Wirkung wieder beseitigt werden kann. Bei der irrthümlichen Zahlung eines Indebitum z. B., wird der rechtliche Thatbestand des Eigenthumsüberganges gebildet durch die von einem veräusserungsfähigen Rechtssubject vorgenommene Tradition; zugleich aber sind die rechtlichen Voraussetzungen einer Obligation zur Rückleistung des Empfangenen gegeben in der grundlosen Bereicherung des Empfängers aus dem Vermögen des Zahlenden.

So interessant und wichtig die erwähnten Erscheinungen nun aber für die Erkenntniss der Technik des Rechtes sind[17], so liegt doch in ihnen Nichts, was in systematischer Beziehung irgend welche Eigenthümlichkeit böte; wir haben in Wahrheit hier nur den Gegensatz von rechtlich erheblichen und rechtlich unerheblichen Thatbeständen vor uns. Die herrschende

---

[16]) Vgl. Jhering, Geist des röm. R. III S. 143 ff.
[17]) Vgl. Jhering, Geist d. R. R. III S. 48 f. 54.

Systematik gründet jedoch auf jenen Gegensatz eine Qualification der Rechtsgeschäfte selbst. Beide, der Nichteintritt einer Rechtswirkung in dem einen, und die Möglichkeit der Wiederbeseitigung der eingetretenen Wirkung im anderen Falle, werden von ihr auf die innere Beschaffenheit des Geschäfts zurückgeführt. Aus dem Nichtwirken in dem einen, und dem Beseitigtwerdenkönnen im anderen Falle, wird als ein in beiden enthaltenes Merkmal die nicht vollkommene, die der Absicht des Geschäfts nicht entsprechende Wirksamkeit abstrahirt, und auf dieses Merkmal die Kategorie des ungültigen Geschäfts gegründet; innerhalb derselben werden dann, je nach der Art, wie die Ungültigkeit sich äussert, nichtige und anfechtbare Geschäfte unterschieden. Es giebt demnach Geschäfte, welche ihrem inneren Wesen nach die rechtliche Eigenschaft haben, nichtig, und solche, welche ihrem inneren Wesen nach die Eigenschaft haben, anfechtbar zu sein. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit werden gleichsam als Charaktereigenthümlichkeiten der von ihnen betroffenen Geschäfte behandelt.[18]

Dieser Auffassung liegt eine unklare Vorstellung von den Rechtsgeschäften zum Grunde. — Der abstracte Schulbegriff »Rechtsgeschäft« ist den Römern bekanntlich fremd[19], und es ist hier der Ort nicht, um zu zeigen, wie wenig systematischer Werth ihm in Wahrheit beiwohnt, und welche Irrthümer ihm entsprossen und durch ihn verewigt worden sind. Hier handelt es sich vorzüglich um die formale Denkweise, mit welcher dieser Begriff in Verbindung steht.

---

[18]) Vgl. Brinz, Pand. S. 1635: »Die Nichtigkeit ist etwas in dem Geschäft, wenngleich etwas Negatives und in Negativem (Mängeln, Zerstörtheit) beruhend. Die Anfechtbarkeit ist etwas in und ausser dem Geschäft, eine Beeinträchtigung in dem Geschäft, ein Recht der Aufhebung ausser dem Geschäft.« Dernburg, Lehrb. d. preuss. Priv. R. I § 71: »Der Unterschied zwischen Nichtigkeit und Entkräftbarkeit ist innerlich in der Structur der Rechte begründet.«

[19]) Vgl. A. Pernice, M. Antistius Labeo I S. 403.

Jede Rechtswirkung setzt einen bestimmten Thatbestand voraus, an welchen dieselbe vom Recht geknüpft wird. Derselbe besteht in der Gesammtheit aller juristischen Voraussetzungen der Rechtswirkung, und wird keineswegs schon erschöpft durch die Umstände, welche die systematische Betrachtung als Merkmale der einzelnen Gattungen und Arten der Rechtsthatsachen, z. B. der Verträge und deren Classen, der Delicte, des Testaments aufstellt. Das Wesen aller systematischen Darstellung beruht darauf, dass aus der Fülle der individuellen Gestaltungen in dem zu behandelnden Stoffe das Gemeinsame ausgeschieden und zum Gegenstand allgemeiner, zusammenfassender Betrachtung gemacht, und mit der Abstraction so lange fortgefahren wird, bis die Grenze, wo die Gewinnung allgemeiner Begriffe und Grundsätze wegen des Mangels gemeinsamer Merkmale von juristischer Relevanz unterbleiben muss, erreicht ist. Im System erscheinen deshalb die Thatbestände rechtlicher Wirkungen nirgends in ihrem vollen Zusammenhange. Die individuellen Erscheinungen des Rechtslebens, wie z. B. der Kauf, die Tradition, das Testament, werden nur einseitig dargestellt, nach den Merkmalen, durch welche sie sich von anderen individuellen Erscheinungen absondern. Einen vollen rechtlichen Thatbestand erhalten wir erst, wenn wir mit den Merkmalen der individuellsten Objecte der systematischen Betrachtung All dasjenige verbinden, was in allgemeinen Regeln und Lehrsätzen auch für sie prädicirt worden ist. Im System nimmt auch das sog. Rechtsgeschäft einen Platz unter den rechtlich erheblichen Thatbeständen ein; hier, aber auch nur hier, erscheint es in einer Selbstständigkeit, welche ihm im Leben nicht zukommt. Im System tritt es auf losgelöst von zahlreichen Voraussetzungen, ohne deren gleichzeitiges Vorhandensein eine Rechtswirkung niemals eintreten kann. Sobald es aber ausserhalb der rein wissenschaftlich systematischen Betrachtung in irgend einer prak-

tischen Beziehung in Frage kommt, muss es jene künstlich geschaffene Selbstständigkeit aufgeben, und kann es nur noch als ein unselbstständiger Theil in dem gesammten Complex der für die concrete Rechtswirkung erforderlichen thatsächlichen Voraussetzungen behandelt werden. Fragen wir, was zu einer gültigen Stipulation gehöre, so können wir uns mit dem nicht begnügen, was das System uns von dem Begriff der Stipulation sagt, mit der uns durch die Definition gegebenen äusseren Erscheinung: Frage und Antwort in bestimmten Formen; damit wäre uns nur gleichsam ein anatomischer Ausschnitt aus einem lebendigen Organismus gegeben. Wie der Physiolog, wenn er von den Functionen eines Nerven spricht, diesen sich nicht als ein für sich bestehendes Ding, sondern nur als den Theil eines lebendigen Gesammtorganismus denkt, durch den derselbe selbst wieder in seinen Functionen bedingt wird, so muss, wer von einem Rechtsgeschäft als einem wirksamen Agens redet, es sich mitten hineingestellt denken in das wirkliche Rechtsleben. Wer die Stipulation als einen rechtlich wirksamen Thatbestand begreifen will, muss ihre disiecta membra aus dem gesammten Rechtssystem zusammenfassen, muss zu dem Besonderen, was letzteres von der Stipulation lehrt, hinzunehmen Alles, was es von Verträgen, von Rechtsgeschäften, von den Personen, ihrer Handlungsfähigkeit, von der für Rechtsgeschäfte erforderlichen Willensbeschaffenheit, von Gegenständen der Obligation u. s. w. lehrt.[20]

Wie aber in der Natur für den Eintritt einer bestimmten Wirkung völlig gleichgültig ist, ob die von der Gesammtheit der zu ihrer Erzeugung erforderlichen Ursachen keine einzige vorhanden, oder auch nur eine einzige nicht vorhanden ist, so ist auch ein rechtlicher Thatbestand nicht existent geworden,

---

[20]) Vgl. hierzu die Bemerkungen von Hofmann, die Lehre vom titulus und modus acquirendi etc. (1873) S. 80 ff.

wenn aus der Gesammtheit seiner Momente auch nur ein einziges fehlt. Die Promission eines Sclaven ist wohl eine Promission, wenn man hierunter nur ein Fragen und Antworten in der rechtlich festgesetzten Form versteht; sie ist keine Promission in dem juristischen Sinne eines rechtliche Folgen erzeugenden Thatbestandes.[21]) — Was hier an der Stipulation beispielsweise ausgeführt worden, findet allgemeine Anwendung auf alle Geschäfte. Hält man hiermit die geläufige Vorstellung zusammen, welche in der Nichtigkeit eines Geschäfts einen diesem anhaftenden Mangel erblickt, so lässt sich nicht verkennen, dass hierbei dem Begriffe »Rechtsgeschäft« eine über seine rein systematische Bedeutung hinausgehende Anwendung gegeben wird. Die Ausscheidung erheblicher Momente aus den einzelnen juristischen Thatbeständen war nur zulässig zur Erleichterung der systematischen Darstellung und zur wissenschaftlichen Sonderung und Hervorhebung der besonderen Erscheinungsformen im Rechte. Ueber jenen Zweck hinaus darf sie nicht fortdauern. Dies ist aber der Fall, wenn man eine Eintheilung der Geschäfte in gültige und ungültige statuirt; denn dies setzt voraus, dass man auch einem unvollständigen Thatbestande eine ihm in Wahrheit abgehende rechtliche Bedeutung beilegt. Das Stipulationsversprechen des Sclaven ist juristisch nicht ein Stipulationsversprechen, welches nichtig ist, sondern überhaupt keine Stipulation; das Testament eines Testirunfähigen ist nicht ein nichtiges Testament, sondern in gleicher Weise, wie eine nicht mit den Testamentssolennitäten versehene Verfügung, überhaupt kein Testament. Es giebt deshalb in einem wissenschaftlichen Sinne weder gültige noch nichtige Geschäfte; es giebt nur Thatsachencomplexe, welche Rechtswirkungen[22]) hervorzubringen geeignet sind, und deren

---

21) Vgl. l. 24 de statulib. 40, 7.

22) Unter Rechtswirkungen verstehe ich hier überall die Veränderung in bestehenden Rechtsverhältnissen, welche das objective Recht an be-

einzelne Bestandtheile, darunter auch die unter dem Begriff »Rechtsgeschäft« zusammengefassten engeren Complexe nur zu systematischen Zwecken zum Gegenstand besonderer Behandlung gemacht werden.[23] Eine nur scheinbare Berechtigung erhält die hier bekämpfte Anschauungsweise dadurch, dass, wer sich auf einen rechtlichen Thatbestand beruft, nicht sämmtliche ihn bildenden Thatsachen zu beweisen, ja nicht einmal zu behaupten nöthig hat. Die Behauptung gewisser Umstände, z. B. dass der Contrahent beim Vertragsschluss im Besitz seiner Verstandeskräfte gewesen, dass er nicht in wesentlichem Irrthume gewesen, bleibt ihm erspart, weil die Abwesenheit von, den Gebrauch des Verstandes beeinträchtigenden Umständen, und von Irrthum die Regel bildet. In gleicher Weise ist er bald vorläufig, bald definitiv von dem Beweise solcher Thatsachen frei, weil diese entweder bis auf Weiteres oder definitiv als wahr angenommen werden. Immerhin haben aber doch, materiell betrachtet, die das Vorhandensein derartiger Umstände behauptenden Anführungen des Gegners die Bedeutung des Leugnens, dass ein rechtlich erheblicher Thatbestand vorhanden sei, in Verbindung mit der Behauptung von Thatsachen, welche mit dem

---

stimmte thatsächliche Voraussetzungen anknüpft. Es fehlt dem Civilrecht an einer generellen Bezeichnung der verschiedenen Rechtsfolgen, wie sie das Criminalrecht an dem Worte »Strafe« besitzt.

[23]) Köppen (Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, in den Jahrb. f. Dogm. XI. S. 144 f. unterscheidet beim Rechtsgeschäft den Errichtungsact, und die juristischen Voraussetzungen, ohne welche durch diesen Act kein Rechtsverhältniss hergestellt werden kann; beide Momente zusammen nennt er den Thatbestand des Rechtsgeschäfts. Hiergegen ist einzuwenden, dass nach dem mit dem Wortsinn übereinstimmenden herrschenden Sprachgebrauch unter dem Worte »Geschäft« nur ein äusserer Act verstanden wird, und hiernach andere, nicht in die sinnliche Erscheinung tretende Momente, wie z. B. Handlungsfähigkeit, Ernstlichkeit des Willens, Verkehrsfähigkeit der Sache, nicht als Bestandtheile des Geschäfts angesehen werden können, sondern mit diesem zusammen die thatsächlichen Voraussetzungen der Rechtswirkung bilden.

sonst als erwiesen Anzunehmenden in Widerspruch stehen.[24]) Jene, lediglich prozessualischen Grundsätze aber bieten keinen Grund dar, solche Momente aus den Voraussetzungen der rechtlichen Wirkungen auszuscheiden und ihr Vorhandensein oder Fehlen zu einer Qualification des übrigen, unvollständigen Thatbestandes zu machen.

Die im Vorstehenden entwickelte Ansicht folgt m. E. nicht nur aus der Natur der Sache, sondern ist auch die den römischen Juristen eigenthümliche. Auch sie nehmen ein Rechtsgeschäft im Rechtssinne nur dann als vorhanden an, wenn der gesammte Thatbestand, welcher die juristische Voraussetzung einer Rechtswirkung bildet, vorliegt; unter dieser Voraussetzung allein halten sie den Gebrauch der technischen Bezeichnung des Geschäfts für zulässig, jeden anderen Gebrauch derselben für missbräuchlich:

L. 2 § 1 testam. quemadm. aperiantur. 29, 3 (Ulpian. l. 50 ad ed.) Testamentum autem proprie illud dicitur, quod iure perfectum est: sed abusive testamenta ea quoque appellamus, quae falsa sunt, vel iniusta vel irrita vel rupta: itemque imperfecta solemus testamenta dicere.

L. 24 de statuliberis 40, 7. (Marcellus l. 16 Dig.) ‚Stichus si heredi meo decem promiserit vel operas daturum se iuraverit liber esto'. potest expleri condicio, si promiserit: nam spopondisse aliqua significatione dici potest, etiamsi non sit secuta obligatio.

L. 4 § 6 de re iudicata 42, 1. (Ulpian. l. 58 ad ed.) Condemnatum accipere debemus eum, qui rite condemnatus est, ut sententia valeat: ceterum si aliqua ratione sententia nullius momenti sit, dicendum est, condemnationis verbum non tenere.

---

[24]) Vgl. Bayer, Vortr. über d. gem. ord. Civ.Proz. (4. Aufl.) § 227, 1 u. 2. Unger, östr. Pr. R. II. S. 454 ff. Burckhard, die civilistischen Präsumtionen S. 152 ff.

L. 1 § 2 quod quisque iuris 2, 2. (Ulpian. l. 3 ad ed.) — et ideo si inter eos quis dixerit ius, inter quos iurisdictionem non habuit, quoniam pro nullo hoc habetur, nec est ulla sententia, cessare edictum putamus.

In allen den zahlreichen Stellen, in welchen von nullum negotium, nulla stipulatio, nulla emtio die Rede ist, ist dies demnach regelmässig dahin zu verstehen, dass ein Geschäft, eine Stipulation, ein Kauf im Rechtssinne überhaupt nicht vorhanden sei; nicht: dass ein Geschäft, aber ein wirkungsloses vorliege.[24a)]

Hiernach scheint mir die Unmöglichkeit dargethan, die Nichtigkeit als eine Eigenschaft von Rechtsgeschäften anzusehen, und sie als einen Rechtsbegriff eigenthümlichen Inhalts zu behandeln.[25)]

Die Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es, die Thatbestände zu bestimmen, welche Rechte erzeugen, verändern, vernichten. Hat sie dieser Aufgabe genügt, so hat sie damit zugleich festgestellt, wann ein Recht nicht entsteht, nicht ver-

---

24 a) Aehnlich sagt Cicero an einer Stelle, die ich leider nicht näher zu bezeichnen im Stande bin: de mortuis loquor, qui nulli sunt; nos, qui sumus etc.

25) Dass ein Rechtssystem ohne die oben bekämpfte Anschauungsweise sehr bequem auskommen kann, zeigt sehr deutlich der Zustand der Strafrechtswissenschaft. Auch in dieser findet naturgemäss die Ausscheidung gewisser Umstände aus den Thatbeständen der Verbrechen statt. Es werden die Zurechnungsfähigkeit, der Causalzusammenhang, die möglichen Objecte des Verbrechens u. s. w. abgesonderter Betrachtung unterzogen, und in den Thatbeständen der einzelnen Verbrechen nicht mehr erwähnt. Es ist aber wohl noch Niemandem in den Sinn gekommen, die Handlung eines Wahnsinnigen, welche den äusseren, der Definition eines bestimmten Verbrechens entsprechenden Thatbestand herbeigeführt, ein Verbrechen zu nennen, und überhaupt, je nach dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein jener von dem systematischen Thatbestande ausgeschiedenen Umstände, von nichtigen und wirksamen, oder von straflosen und strafbaren Strafthaten zu reden. (Ueber einen vereinzelten Fall, wo dies, jedenfalls mit Unrecht, doch geschehen ist, vgl. unten Anm. 165.)

ändert wird, nicht untergeht. Noch im Einzelnen die Bedingungen untersuchen zu wollen, unter denen eine Rechtswirkung nicht eintrete, hiesse nur ein negatives Bild des gesammten Rechts schaffen, und wäre ein ähnliches Unternehmen, wie wenn etwa die Pathologie neben der Diagnose der einzelnen Krankheiten sich noch in einem besonderen Zusammenhange mit der Frage beschäftigen wollte, wann Jemand an jenen Krankheiten nicht leide.

Dass die sog. Nichtigkeit, als die völlige Negation des Vorhandenseins eines rechtlich erheblichen Thatbestandes und Eintritts einer rechtlichen Veränderung eine Eintheilung in Arten nicht zulassen, mithin auch von einer relativen Nichtigkeit die Rede nicht sein kann, ist selbstverständlich; nicht minder ist es unlogisch, von Folgen der Nichtigkeit zu sprechen. Nicht unlogisch allein, sondern auch inhaltlos ist endlich auch der geläufige Satz, dass auf Nichtigkeit sich ein Jeder berufen könne. Jeder, der da wolle? A tradirt dem B den Sclaven Stichus in der irrigen Meinung, der tradirte Sclave sei der Sclave Dama. Die Veräusserung ist nichtig. Was wird es dem Tertius, der auf den Stichus nicht das geringste Recht hat, nützen, wenn er sich auf die Nichtigkeit der Tradition beruft? Hat er aber ein Recht auf ihn, so wird er sich, um dieses durchzusetzen, auf die dasselbe begründenden Thatsachen, nicht auf jene Nichtigkeit zu berufen haben.[26] Würde ihm unter

---

[26] Wo der Grund der sog. Nichtigkeit eines Vertrages nur in der Person des einen Contrahenten liegt, wird regelmässig auch nicht einmal der andere Contrahent sich auf die Nichtigkeit berufen dürfen. Für den Contract des impubes haben wir ausdrückliche Quellenzeugnisse (vgl. oben Anm. 13). Aber auch bei wesentlichem Irrthum würde es zu ganz unerträglichen Consequenzen führen, wollte man selbst wider den Willen des Irrenden, der auch nach eingesehenem Irrthum am Vertrage festhalten wollte, dem anderen Contrahenten vom Vertrage abzugehen gestatten, — und zwar aus keinem anderen Grunde als dem, weil auf Nichtigkeit sich ein Jeder berufen darf, also nur, um einen a priori aufgestellten Begriff

irgend welchen Voraussetzungen doch der Beweis obliegen, dass ein anderes Geschäft wirkungslos sei, so kommt er doch in die Lage, sich auf die Nichtigkeit berufen zu dürfen, nur dadurch, dass er noch ein besonderes Recht hat; mithin ist es falsch, dass sich, zum Unterschiede von sog. Anfechtbarkeit, ein Jeder auf Nichtigkeit berufen dürfe. — Wie aber, wenn der Gegenstand der nichtigen Veräusserung in die Hand eines beliebigen, rechtlosen Dritten käme? Würde dieser sich der Publiciana des Erwerbers gegenüber auf die Nichtigkeit des Erwerbes berufen, und, obwohl selbst ohne alles Recht an der Sache, diese dem Kläger vorenthalten dürfen? Die Publiciana

---

bei Ehren zu erhalten, nicht — was sonst das Recht überall bezweckt — um des Schutzes bedürftige Interessen zu schützen. Den Römern hat eine derartige, auf abstracte Speculation sich stützende Rechtsfindung fern gelegen. Hier wie überall controlirten sie die logische Consequenz aus allgemeinen Sätzen durch die utilitas, welche sie als das oberste Prinzip des Rechts anerkannten (Ulpian. l. 1 § 2 de iust. et iure 1, 1). Recht häufig finden wir so die stricte logische Consequenz mit dem durch die unmittelbare Erkenntniss des der Sache Angemessenen eingegebenen ‚ridiculum est', ‚absurdum est', abgefertigt. (cf. § 37 I. de R. D. 2, 1. l. 23 pr. de usucap. 41, 3. l. 36 de bon. lib. 38, 2. l. 24 ratam rem hab. 46, 8). Iniquissimum videtur, heisst es in l. 5 de iur. et facti ign. 22, 6, cuiquam scientiam alterius, quam suam nocere, vel ignorantiam alterius alii profuturam., und in l. 41 de minor. 4, 4 (wo wohl unzweifelhaft mit Cujaz statt venditor, emtor gelesen werden muss) wird nach Rescission des Kaufgeschäfts, die, einmal durchgeführt, doch denselben rechtlichen Zustand wie wahre anfängliche Nichtigkeit herbeiführen müsste, dem Käufer das Recht abgesprochen, sich auf die erfolgte Vernichtung zu berufen, wenn der minor von derselben keinen Gebrauch machen will. Der minor darf trotz der »Vernichtung« den Kauf wie noch bestehend geltend machen, quia unicuique licet contemnere haec quae pro se introducta sunt; der Käufer kann wider den Willen des minor von dem Handel nicht abgehen; denn, sagt Julian, der Käufer hat gar keinen Grund, sich zu beklagen, wenn er durch die Sinnesänderung des minor in die rechtliche Lage zurückgelangt, in die er sich (durch den Abschluss des Kaufs) selbst versetzt hatte, und die er selbst nimmermehr hätte ändern können, wenn nicht der minor auf Restitution angetragen hätte.

ist hier vollkommen begründet, der Erwerber, wenn er nur nicht den Irrthum des Veräusserers kannte, ist, einen iustus titulus vorausgesetzt, in condicione usucapiendi; mithin müsste für den Beklagten eine exceptio gegeben sein; von welchem Inhalte aber? Dies wird schwerlich Jemand zu sagen vermögen.

---

§ 3.

Fortsetzung.

Das Gleiche, was von der sog. Nichtigkeit, gilt auch von der sog. Anfechtbarkeit. Sie soll ein dem Geschäfte innewohnender Mangel sein, vermöge dessen die zwar zunächst eintretende Rechtsfolge wieder aufgehoben werden kann. Nach dem früher Ausgeführten kann aber zwischen einem rechtlich erheblichen und einem rechtlich unerheblichen Thatbestande (— nach der üblichen Bezeichnungsweise einem gültigen und einem nichtigen Geschäft —) ein Drittes nicht gedacht werden. Eine Rechtsfolge kann nur entweder eintreten oder nicht eintreten. Dass sie, einmal eingetreten, wieder beseitigt werden kann, dies kann man unmöglich sich als eine Eigenschaft entweder des Geschäfts oder des durch dieses herbeigeführten Rechtsverhältnisses vorstellen. Letzteres kann von jedem anderen juristisch durchaus nicht unterschieden werden. Zu irgend einer Zeit erreicht jedes Rechtsverhältniss einmal sein Ende, und dass der Aufhebungsgrund zugleich mit der Begründung des Rechtsverhältnisses entstanden sein müsse, wird als ein Merkmal der Anfechtbarkeit nicht angesehen, vielmehr ausdrücklich auch eine nachfolgende Anfechtbarkeit angenommen. [27]) Völlig unzulässig ist es aber, in der Anfechtbarkeit

---

[27]) Savigny, Syst. IV S. 542. Wächter, Württemb. Pr. R. II S. 542. Windscheid, Pand. I § 82[3]. Brinz, Pand. S. 1645.

etwas dem Geschäfte selbst Immanentes zu sehen, demselben gleichsam eine krankhafte Constitution zuzuschreiben. Hierbei liegt unverkennbar die bildliche Vorstellung zu Grunde, als sei ein Rechtsgeschäft ein mit Lebensfunctionen begabtes Wesen, dessen Einwirkung auf seine Umgebung nicht anders gebrochen werden könne, als durch Zerstörung jenes Organismus selbst, und als bedürfte es zur Ausführung dieses (»Anfechtung« genannten) Zerstörungswerkes des Gebrauches besonderer vom Rechte hierzu gewährter Instrumente, wie Exceptionen, Condictionen, ädilicischer, prätorischer Klagen u. s. w. Bildliche Anschauungen und Vergleiche können wohl das Verständniss einer Sache vermitteln und erleichtern, dürfen aber nicht an die Stelle der Sache selbst gesetzt und für ihr wahres Wesen genommen werden. Dieses aber liegt hier, wie mir scheint, in Folgendem. Ein Thatbestand hat rechtliche Wirkungen nur dann, wenn das Recht ihm solche beilegt; unzweifelhaft liegt der Grund, warum er als ein erheblicher vom Rechte anerkannt wird, in seiner eigenen inneren Natur; sein eigentlicher Lebensodem aber ist allein die ihm gewährte rechtliche Anerkennung. Thatsachen lassen sich nicht ungeschehen machen; das Geschäft hat für immer seine Function erfüllt, ist abgethan, sobald die daran geknüpften Rechtsfolgen eingetreten sind; nur diese letzteren, die nur durch die fortdauernde Anerkennung durch das objective Recht ihren Bestand haben, können durch Entziehung dieses Schutzes wieder aufgehoben werden.

Demnach ist die sog. Anfechtbarkeit kein rechtlich besonders qualifizirter Zustand, weder eines Geschäfts noch eines Rechtsverhältnisses. In allen Fällen von sog. Anfechtbarkeit sind vielmehr vollkommene, rechtlich erhebliche Thatbestände in Frage. Es lässt sich deshalb auch erwarten, dass die praktischen Consequenzen aus jenem Begriffe gleich Null sind. Der Satz, dass anfechtbare Geschäfte durch Verzicht auf das

Anfechtungsrecht oder durch Verjährung des letzteren convalesciren können, zeigt sich bei näherer Betrachtung nur als ein anderer Ausdruck des trivialen Satzes, dass ein Rechtszustand so lange besteht, als er nicht aufgehoben ist. Der, wie es scheint, durch die Antithese der nichtigen Geschäfte erzeugte Satz, dass die Anfechtbarkeit nur von bestimmten dazu berechtigten Personen geltend gemacht werden könne, folgt nicht nothwendig aus der Fassung des Begriffes »Anfechtbarkeit«, und es liesse sich leicht eine die Aufhebung eines begründeten Rechtsverhältnisses bezweckende Popularklage denken, so dass man, wie von relativer Nichtigkeit, auch von absoluter Anfechtbarkeit reden könnte.[28])

Für die Art, wie bei vorhandener Anfechtbarkeit die Wirkung des Geschäfts beseitigt wird, konnte selbstverständlich eine allgemeine Regel nicht gegeben werden, da fast in jedem einzelnen der hierher gerechneten Fälle die Aufhebung des Rechtsverhältnisses in anderer Weise erfolgt. Welche Abweichungen bestehen z. B. im Grossen wie im Kleinen zwischen den condictiones ob causam datorum, den ädilicischen Klagen, der actio Pauliana, doli, quod metus causa, der in integrum restitutio, der Inofficiositätsquerel; welche Verschiedenheiten in den objectiven und subjectiven Voraussetzungen sowohl, als in dem Umfange der Wirkungen! Eine erschöpfende Darstellung der Art, wie die Anfechtung praktisch durchgeführt wird, kann nicht anders als casuistisch ausfallen und nur in einer mehr oder weniger zusammengedrängten Wiederholung aller Eigenthümlichkeiten der zur sog. Anfechtung gewährten Rechtsmittel bestehen.[29])

---

[28]) Vgl. ein Beispiel derartiger Klagen bei Jhering, Geist d. R. R. III S. 108 und Anm. 139—141. Dagegen jedoch Karlowa, der röm. Civilprozess z. Z. der Legisactionen S. 352.

[29]) Einen Beleg hierfür bildet die Darstellung der Lehre von der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit bei Brinz, Pand. S. 1631 ff., welche die

Die Römer haben die Anfechtbarkeit als einen abstracten und technischen Begriff im Sinne der heutigen Doctrin nicht gekannt. Die Ausdrücke rescindere, infirmare, infringere, revocare u. a. werden ebenso häufig von Rechtsgeschäften, wie von rechtlichen und thatsächlichen Verhältnissen gebraucht, und vielleicht nicht minder oft in Fällen wirklicher Nichtigkeit, wie in Fällen von Anfechtbarkeit im Sinne unseres Systems.[30]

Unter den Fällen, in welchen von den meisten Schriftstellern Anfechtbarkeit angenommen wird, bedarf Eine Classe noch besonderer Betrachtung, weil trotz der gegen den systematischen Begriff im Allgemeinen geltend gemachten Gründe gerade bei ihr die Annahme desselben doch einen Schein von Berechtigung behalten könnte.[31]

---

angestrebte Vollständigkeit nur dadurch zu erreichen vermochte, dass sie, wie Mandry (krit. VJSchr. XIV S. 398) ihr nachrühmt, »nahezu das ganze System Revüe passiren lässt, und dessen einzelne Positionen von ihrer Kehrseite betrachtet.«

[30]) Vgl. z. B. l. 5 § 2 qui et a qu. man. 40, 9 (libertas rescinditur l. 22 quae in fr. cred. 42, 8 (fraudes rescindi); vgl. ferner über den Gebrauch von rescindere, infirmare und ähnlichen Ausdrücken bei ipso iure unwirksamen Geschäften: Schilling, animadv. crit. ad Ulpiani fr. spec. I (Lips. 1830) p. 39 sq. und dess. Lehrb. der Institutionen II § 84 Anm. c. Windscheid, Pand. I § 82 Anm. 2. — Umgekehrt werden auch die Ausdrücke nullum, nullius momenti, ratum non esse, nullam vim habere u. ä. überaus häufig da gebraucht, wo h. z. T. Anfechtbarkeit angenommen zu werden pflegt; und es bedarf nur eines unbefangenen Blickes, um zu sehen, dass es sich hier weder um technische Ausdrücke handelt, noch die Römer jemals wie die heutige Wissenschaft eine Anfechtbarkeit als Gegensatz der Nichtigkeit in einem materiellen Sinne gekannt haben. — Interessant ist es zu sehen, welchen Scharfsinn und welche Gelehrsamkeit, und doch ohne allen Erfolg, Burchardi (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 323—359) aufgewendet hat, um an einer langen Reihe von Stellen zu beweisen, dass die auf Nullität deutenden Ausdrücke hier doch auf Anfechtbarkeit zu beziehen seien, und bei einer ferneren Reihe, dass die auf Rescissibilität deutenden hier Nichtigkeit bezeichnen. Ueber die Bedeutung von rescindere bei Symmachus ep. II 87 vgl. unten Anm. 118.

[31]) Indem Brinz diese Fälle insgesammt aus dem Gebiete der An-

Ueberall im römischen Rechte, wo einer actio, sei es von Anfang an, sei es nachträglich eine peremtorische exceptio gegenübertritt, scheint ein Zustand vorzuliegen, der weder Unwirksamkeit noch Gültigkeit ist, und einer besonderen Charakterisirung geradezu bedürftig erscheinen könnte. Die Römer sagen in diesen Fällen bekanntlich, die actio, die obligatio sei zwar zur Entstehung gelangt, aber sie sei durch exceptio aufgehoben, ausgeschlossen; also: Bestand und doch zugleich Nichtbestand. Auch hier indess fehlt es dem Gegensatz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit an aller materiellen Bedeutung. Diese Fälle unterscheiden sich zunächst von den übrigen Fällen der sog. Anfechtbarkeit dadurch, dass in letzteren eine Rechtsänderung von objectivem Bestande eingetreten ist: durch die sine causa geleistete Zahlung, durch die fraudulöse Veräusserung, durch die Zahlung des vollen Preises für die mit ädilicischen Mängeln behaftete Waare, ist nicht blos eine ideale, wesentlich nur in unserer juristischen Vorstellungsweise begründete, sondern eine reale Veränderung eines rechtlichen und wirthschaftlichen Verhältnisses herbeigeführt, welche auf allseitige Anerkennung Anspruch erheben darf. Das, wenn gleich in anfechtbarer Weise, übertragene dingliche Recht erlangt wirkliche Geltung, das Eigenthum geht von Hand zu Hand, und die sog. Anfechtung des Bestellungsactes kann diesen rückwärts wohl in seinen ökonomischen Wirkungen, nicht aber rechtlich wie ungeschehen machen. Bei einer durch exceptio ausgeschlossenen actio dagegen kann von einer, wieder zu beseitigenden, objectiven Rechtsveränderung nicht gesprochen werden. In dem Stadium vor der, sei es gerichtlichen

---

fechtbarkeit hinauswies (vgl. Pand. S. 1631 und krit. V. J. Schr. XIV Giebt es noch Exceptionen? S. 222), hat er sich m. E. der einzigen scheinbaren Rechtfertigung für die Anerkennung des Begriffs »Anfechtbarkeit« begeben.

oder aussergerichtlichen wirksamen Geltendmachung[32] des durch die actio geschützten Rechts beruht vielmehr der Unterschied zwischen einem durch exceptio gehemmten und einem ipso iure nicht entstandenen oder untergegangenen Klagerecht lediglich auf einer Denkform ohne praktische Realität.[33] Die Annahme, es bedürfe beim anfechtbaren Geschäft zur Ausschliessung seiner Wirksamkeit eines besonderen Angriffes, der beim nichtigen Geschäft nicht erforderlich sei, ist unrichtig; auch sog. Nichtigkeitsgründe müssen von der Partei geltend gemacht, können nicht ex officio vom Richter berücksichtigt werden. In beiden Fällen erwächst dem Richter die gleiche Aufgabe: die thatsächliche Richtigkeit und die rechtliche Erheblichkeit der behufs Abwendung einer Verurtheilung vorgebrachten Thatsachen zu prüfen, und, wenn er sich von beiden überzeugt hat, die Klage abzuweisen. Schlechthin unersichtlich ist es, warum wir uns nur in dem einen Falle die Vertheidigung des Beklagten als einen Angriff auf ein Bestehendes, im anderen dagegen als die Berufung auf ein Nichtbestehendes, dort den Richterspruch als Vernichtung von etwas Bestehendem, hier als Declaration des Nichtbestandes von Etwas denken müssten. Welcher praktische Erfolg sollte auch mit diesen verschiedenen Vorstellungsweisen erzielt werden? Unleugbar handelt es sich hier doch lediglich um eine Verschiedenheit der Denkformen; jede wissenschaftliche Construction muss aber im gegebenen Rechte und in den in diesem vorhandenen erheblichen Gegensätzen wurzeln; nicht aber darf umgekehrt das Recht aus aprioristischen Verstandesoperationen seine Ge-

---

[32]) Diese beiden Stadien vor und nach Realisirung des Geschäfts werden von Ulpian. l. 9 § 3 qu. m. c. als imperfecta res und perfecta res bezeichnet.

[33]) Vgl. hierzu Eisele, die materielle Grundlage der exceptio S. 119 ff. Zimmermann, kritische Bemerkungen zu Eisele's Schrift S. 28 f.

stalt empfangen. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. (Paul. l. 1 de R. J. 40, 17.)

Unmöglich wird man den Zweck der Scheidung von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit darin sehen dürfen, dass in dem letzteren Falle durch Wegfall des Exceptionsrechtes das Geschäft zu voller Wirksamkeit gelangen dürfe; dies hiesse eine ganz secundäre Folge zur Hauptsache machen.[34] So wird man wohl nicht annehmen können, dass ein Recht, welcher Quelle es immer entsprungen sein möge, sich diese Unterscheidung aus irgend einem Zweckmässigkeitsgrunde ersonnen haben werde; noch weniger darf man glauben, die Scheidung von Ungültigkeit ipso iure und ope exceptionis habe ihren Grund in der theoretischen Auffassung der verschiedenen Ungültigkeitsgründe, so dass also z. B. bei stattgehabtem Zwange das Geschäft an sich gültig sein müsse, weil der Zwang die Willensfreiheit nicht aufhebe, dass deshalb, sollten die Wirkungen des erzwungenen Geschäfts ausgeschlossen werden, dies nur indirect, durch Gewährung einer exceptio habe geschehen können. Ist es wohl denkbar, dass die Römer, wenn sie ihrer angeblichen philosophischen Ueberzeugung zum Trotz dennoch dem Zwange bei Rechtsgeschäften entgegentreten wollten, sich durch ihr dialektisches Gewissen hätten verbieten lassen, rundweg zu sagen: erzwungene Geschäfte gelten nicht —, dass ihnen der Triumph der Logik vielmehr so sehr am Herzen gelegen habe, dass sie sich nur durch die Formel: Das erzwungene Geschäft ist zwar gültig, aber — es wirkt nicht, — befriedigt gefühlt hätten?

Es kann nach dem heutigen Stande der Lehre von den Exceptionen nicht mehr zweifelhaft sein, dass der Gegensatz

---

[34]) In die erwähnte, an den Begriff der exceptio sich knüpfende praktische Wirkung hat wohl auch Windscheid I 47 Anm. 1, wie Eisele a. a. O. S. 127 annimmt, nicht den Zweck der Aufstellung der Unterscheidung setzen wollen.

von Ungültigkeit ipso iure und ope exceptionis, oder nach der heutigen Terminologie von Nichtigkeit und durch exceptio geltend zu machender Anfechtbarkeit gar nicht materieller, sondern von lediglich formeller Natur ist und seine alleinige Grundlage hat in dem Gegensatz des vom iudex unmittelbar (officio iudicis) und des nur in Folge prätorischer Vermittlung anzuwendenden Rechtes.[35]) Materiell kann es nur Eine Art von Ungültigkeit geben, weil die Voraussetzungen einer Rechtsveränderung nur entweder vorhanden oder nicht vorhanden sein können, und von diesem materiellen Gesichtspunkte ausgehend, nicht in Folge ungenauer Terminologie, oder gar divergirender Anschauungen, bedienen sich die Römer da, wo eine actio durch exceptio ausgeschlossen ist, oft derselben Ausdrücke, wie bei der wahren sogenannten Nichtigkeit, und leugnen sie das Vorhandensein einer Obligation, einer actio, eines Gläubigers, eines Schuldners, wenn dem ipso iure Verpflichteten eine exceptio zur Seite steht.[36])

---

35) Albrecht, die Exceptionen des gem. d. Civilproz. S. 11. — Krüger, Zsch. f. Rechtsgeschichte VII S. 219 ff. v. Bar im Arch. f. civ. Pr. LII S. 459. Eisele, die oben Anm. 33 citirte Schrift. Brinz, krit. VJSchr. XIV S. 206 ff. Zimmermann, kritische Bemerkungen S. 33 ff. Göppert in Behrend's Zsch. f. deutsche Gesetzg. VI S. 399 ff. Bekker, die Aktionen des röm. Privatrechts II S. 278 ff.

36) L. 7 § 8 de dolo 4, 3 l. 25 de V. O, 45, 1. In diesen Stellen heisst es noch: quasi nulla actio sit, quae exceptione repellitur; — quia superior actio quasi nulla fit exceptione obstante. l. 55 de V. S. 50, 16: creditor autem est is, qui exceptione perpetua summoveri non potest. l. 10 eod. Creditores accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacumque actione vel persecutione, vel iure civili sine ulla exceptionis perpetuae remotione — l. 20 § 3 de lib. causa 40, 12: Obligatum accipere debemus, si exceptione se tueri non potest; ceterum si potest, dicendum non esse obligatum l. 66 de R. J. Desinit debitor esse, qui nanctus est exceptionem. l. 3 § 1 de pec. const. 13, 5. l. 5, 6 de her. v. a. vend. 18, 4. l. 59 pr. ad S. C. Treb. 36, 1. l. 112 de R. J. — Auch eine wegen Insolvenz des Schuldners werthlose actio wird wie nicht existent behandelt: l. 6 de dolo 4, 3. Dieser lediglich ökonomische Gesichtspunkt ist aber in der Regel rechtlich irrelevant. vgl. l. 4 de her. v. a. vend. l. 30 de

Bei dem bekannten Dualismus im classischen römischen Rechte, der durch das Bestehen eines honorarischen Rechtes neben dem durch jenes vielfach von seiner Wirksamkeit ausgeschlossenen Civilrecht begründet war, war es möglich, dass ein bestimmter Thatbestand nach der einen Rechtsquelle zur Erzeugung einer rechtlichen Wirkung hinreichend, nach der anderen ungenügend war. In diesem Kampfe konnte selbstverständlich stets nur entweder die eine oder die andere Rechtsquelle die Oberhand haben. Im Wesen des prätorischen Rechts lag es aber, dass der Richter es nur auf Grund besonderer Anweisung von Seiten des Magistrates zur Anwendung bringen durfte und dass deshalb das Eingreifen jener Rechtsquelle und ihre Gegensätzlichkeit zum Civilrechte sich auch äusserlich in prozessualischen Formen, namentlich durch die Einfügung von Exceptionen in die formula in ius concepta, ausprägte. Es besteht mithin zwischen der sog. Nichtigkeit und der durch exceptio zur Geltung zu bringenden sog. Anfechtbarkeit nur die formelle Verschiedenheit, dass dort schon das Civilrecht einen gewissen Thatbestand für irrelevant erklärt, hier das prätorische Recht einem nach Civilrecht erheblichen Thatbestande, unter Ausschliessung der Geltung des Civilrechts im Jurisdictionswege, die rechtliche Wirkung abspricht. Wenn also unter bestimmten Voraussetzungen gesagt wird, die actio, die obligatio sei zur Entstehung gelangt, sei aber in Folge einer ihr von Anfang an entgegenstehenden exceptio unwirksam, so ist dies für sich betrachtet, unleugbar eine contradictio in adiecto; mit Rücksicht auf die historische Entwicklungsweise des römischen Rechtes aber ist es der prägnante Ausdruck für folgende Sätze: Nach Civilrecht erzeugt der vorliegende Thatbestand einen Anspruch; das prätorische Recht erfordert zur Begründung dieses

---

pign. 20, l. 1. 33. 41 § 3 de J. D. 23, 3. Bechmann, das röm. Dotalrecht S. 240 ff.

Anspruchs noch einen ferneren, positiven oder negativen, Umstand; das prätorische Recht schliesst im vorliegenden Falle das Civilrecht aus; mithin ist in Wahrheit ein Anspruch nicht vorhanden.

Ist im Vorstehenden das Wesen von Nichtigkeit und exceptionsmässiger Anfechtbarkeit richtig bestimmt worden, so vermochte der Gegensatz dieser Begriffe das Verschwinden der Duplicität im römischen Recht nicht zu überleben; civiles und prätorisches Recht, ius und iudicium, Ungültigkeit ipso iure und ope exceptiones: diese Gegensätze bedingen sich wechselseitig in ihrer Existenz; sämmtlich sind sie daher für uns wesenlos, wie sie es schon lange vor Justinian geworden waren.[37] Für uns ist überall, wo der Prätor vermöge seiner Jurisdictionsgewalt die Geltung des Civilrechts ausgeschlossen oder modifizirt hat, nur der materielle Rechtsgedanke massgebend geblieben, den er dabei verwirklichen wollte: den eine gewisse Rechtsfolge bedingenden Thatbestand abweichend vom

---

[37]) Vgl. Eisele a. a. O. S. 119 ff. Brinz, krit. VJSchr. a. a. O. S. 221. Bekker, Aktionen II S. 287 ff. Zimmermann a. a. O. S. 31 scheint die Behauptung des Wegfalls der im römischen Recht vorhanden gewesenen Duplicität noch für des Beweises bedürftig zu halten. — Wie es zu erklären, dass in der justinianischen Compilation uns die exceptio überall wie ein noch praktischer Begriff entgegentritt, darauf kann hier nicht eingegangen werden. Sollte schon zu Justinian's Zeit seine wahre dereinstige Bedeutung in Vergessenheit verfallen gewesen sein? Soviel ist sicher: der Versuch, in den excerpirten Schriften der römischen Juristen jede Spur der Duplicität auszutilgen, hätte nur mit der völligen Ertödtung des in ihnen lebendigen Geistes enden können: so sehr bildete sie den eigentlichen Lebenshauch der classischen Jurisprudenz und Rechtsentwicklung. Geschah es in der Erkenntniss hiervon und aus pietätvoller Schonung gegen den erhabenen Geist der classischen Jurisprudenz, dass die Compilatoren jenen Gegensatz conservirten? Oder scheuten sie die Schwierigkeit der Aufgabe, die hier sich nicht auf blosse Aenderung und Weglassung einzelner Worte und Sätze beschränken konnte, sondern in einer, nicht geringe geistige Kraft in Anspruch nehmenden völligen Umgestaltung der weitaus überwiegenden Masse des excerpirten Stoffes hätte bestehen müssen?

Civilrecht um gewisse Momente zu vermehren oder zu vermindern; für uns ist mithin überall allein der vom Prätor für erheblich erachtete Thatbestand noch massgebend.

Eine Erscheinung endlich, welche vielleicht noch zur Vertheidigung der materiellen Bedeutung des Begriffes der Anfechtbarkeit benutzt werden könnte, bedarf hier noch einer Erwähnung. Im römischen Rechte wurden bekanntlich nicht selten Condictionen, oder prätorische Klagen auf Aufhebung einer noch nicht erfüllten Obligation [38]) (re imperfecta) [39]), und auf Wiederbeseitigung einer geschehenen Liberation gewährt. [40]) Hier liegt scheinbar ein Angriff auf ein Verhältniss von objectivem Bestande vor. Denn wie sollte gegen etwas rechtlich nicht Existirendes ein prozessualischer Angriff möglich sein? Es muss indess mit v. Salpius [41]) als sicher angenommen werden, dass es sich hier überall nur um analoge Anwendung von Klagen handelt, die zu ihrem ursprünglichen Zwecke die Wiederaufhebung wahrer Veränderungen in dem äusseren, rechtlichen und wirthschaftlichen Stande einer Person hatten, und dass sie in dieser analogen Verwendung lediglich den Charakter von Klagen auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses annahmen. [42]) — Der Gedanke an ein Rechtsverhältniss oder Rechtsgeschäft, das weder gültig, noch nichtig, sondern anfechtbar in einem eigenthümlichen materiellen Sinne wäre, muss deshalb auch hier ferngehalten werden.

Die Anwendung des bezüglich der Begriffe Nichtigkeit und

---

38) Nicht blos gegen Verbalobligationen, wie v. Salpius (Novation und Delegation nach r. R. S. 286) anzunehmen scheint, sondern auch gegen Obligationen aus bonae fidei Contracten vgl. l. 5 § 1 de a. e. v. 19, 1.

39) Vgl. l. 9 § 3 qu. m. c. 4, 2.

40) Vgl. die einzelnen Fälle bei Voigt, die Condictiones ob causam S. 337 ff.

41) A. a. O. S. 287 ff.

42) Vgl. Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (2. Aufl.) S. 100 ff.

Anfechtbarkeit gewonnenen Resultates auf die Lehre vom Zwang ergiebt, dass in allen Fällen, wo im römischen Recht der Zwang durch prätorische Rechtsmittel geltend gemacht werden konnte, im heutigen Recht Freiheit von dem Einfluss des Zwanges eine der für eine Rechtswirkung erforderlichen thatsächlichen Voraussetzungen bildet.[43]) Die Frage, ob der Zwang ein Geschäft nichtig oder anfechtbar mache, kann also weder für das römische noch für das heutige Recht in einem materiellen Sinne aufgeworfen werden.

Das wesentliche Interesse in dieser Lehre concentrirt sich zunächst auf die Aufgabe, im Einzelnen festzustellen, welche Grundsätze nach dem römischen Civilrecht, welche nach dem prätorischen Rechte gegolten haben, und auf welchem Wege das letztere sich jenem gegenüber Geltung verschafft hat. Der Beantwortung dieser Fragen wende ich mich nunmehr zu; hierbei bemerke ich, dass ich in dem Gegensatz von Civilrecht und prätorischem Recht hier zunächst unter Civilrecht das gesammte Recht der Römer verstehe, welches der Richter ohne besondere Ermächtigung des Magistrats anzuwenden befugt und verpflichtet war.

---

§ 4.

Nebeneinanderbestehen entgegengesetzter Grundsätze innerhalb des Civilrechts. Ausscheidung der sog. Ausnahmen.

I. Die erzwungene Dotalpromission.

Soweit die Nothwendigkeit reicht die Wirkungen eines unter dem Schutze des Civilrechts stehenden Geschäfts durch

[43]) Ein theilweises Aufgeben der von Eisele gewonnenen Resultate ist es, wenn er für dolus und metus die Möglichkeit zugiebt, dass das

den Gebrauch prätorischer Rechtsmittel auszuschliessen oder wieder zu beseitigen, ebenso weit muss man es auch als einen Grundsatz des Civilrechts anerkennen, dass der Zwang in dessen Systeme nicht zu berücksichtigen, die Freiheit von Zwang mithin zu den thatsächlichen Voraussetzungen der rechtlichen Wirkung nicht gehöre. Die Grenze, bis zu welcher jener Grundsatz Geltung hatte, wird am Sichersten durch die Untersuchung, in welchen Fällen er nicht galt, gefunden werden. Vor Feststellung dieser Grenze und des Grössenverhältnisses der durch sie geschiedenen Gebiete des Civilrechts zu einander ist es noch nicht erlaubt, von Regel und Ausnahme zu sprechen, da möglicherweise die von dem erwähnten Grundsatze ausgenommenen Fälle einen ebenso breiten Raum einnehmen, wie die, in denen er zur Anwendung kommt.

Die Untersuchung, in welchen Fällen Abwesenheit von Zwang zu den civilrechtlichen Voraussetzungen einer Rechtswirkung gehört, fällt zusammen mit der auf der herkömmlichen Entgegensetzung von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit beruhenden Frage: In welchen Fällen führt der Zwang Nichtigkeit des Geschäfts herbei? Da Anfechtbarkeit erzwungener Geschäfte als die Regel angesehen wird, so pflegt man die Fälle, in welchen man Nichtigkeit sah, als Ausnahmen zu bezeichnen. Unter diese Ausnahmen, also unter den Grundsatz: Abwesenheit von Zwang ist civilrechtliche Voraussetzung der Rechtswirkung —, werden jedoch mehr oder weniger übereinstimmend mehrere Fälle gezogen, welche trotz der bei einzelnen von ihnen scheinbar sehr bestimmt dafür redenden Quellenzeugnisse in Wahrheit dem Gebiete der entgegengesetzten Regel angehören. Zur Klarstellung der Grenzen der innerhalb des Civilrechts geltenden, entgegengesetzten Grund-

---

römische Recht bei der Behandlung derselben neben den formellen Rücksichten zugleich auch inneren Gründen bestimmenden Einfluss gestattet habe a. a. O. S. 124 und Anm. 7. vgl. das Weitere hierüber unter § 14.

sätze ist es deshalb vor Allem nöthig, die soeben erwähnten Fälle dem Gebiete, welchem sie in Wahrheit angehören, wieder zuzuweisen.

Es ist hier zu reden 1) von der dotis promissio, 2) vom Antritt der Erbschaft, 3) von der Errichtung des Testaments, 4) von der Pollicitation.

Von Allen, welche überhaupt innerhalb des Civilrechts das Vorhandensein verschiedener Behandlungsweisen des Zwanges zugeben, wird zu den sog. Ausnahmen die erzwungene dotis promissio gerechnet[44]), und es muss eingeräumt werden, dass die Worte der l. 21 § 3 qu. m. c. (Paul. l. XI ad ed.):

> Si dos metu promissa sit, non puto nasci obligationem, quia est verissimum nec talem promissionem dotis ullam esse,

verführerisch genug lauten, um die Meinung, eine erzwungene Dotalpromission sei nach ius civile nichtig, als zweifellos erscheinen zu lassen. Dennoch darf die Stelle als Beweis jener Meinung nicht angenommen werden. Zunächst würde es für eine derartige Abweichung von der für Stipulationen sonst geltenden Regel, dass metus durch exceptio geltend zu machen sei, an einem ersichtlichen Grunde fehlen, und es ist bereits von anderer Seite darauf hingewiesen worden, dass der von Paulus selbst angegebene Grund nur auf die petitio principii hinauslaufe: ein erzwungenes Dotalversprechen sei unverbindlich, weil es nicht gültig sei. Auf das Unzureichende der Brinz'schen Erklärung ist schon oben (S. 4.) hingewiesen worden. Aber auch die von Czyhlarz[45]) aufgestellte

---

44) Schliemann a. a. O. S. 68. Brinz, Pand. S. 1425. Czyhlarz a. a. O. S. 22. Bechmann, röm. Dotalr. II S. 26 Anm. 4.

45) A. a. O. S. 22 ff. Auch in Basil. (X 2, 21 § 3 Heimb.) heisst

Vermuthung, es habe bei Paulus im Causalsatze statt talem promissionem, talem dictionem gestanden, und es sei letzteres von den Compilatoren in promissionem umgewandelt worden, hat wenig für sich. Man müsste den Compilatoren einen erheblichen Grad von Gedankenlosigkeit zutrauen, wollte man glauben, dass sie eine so offenbare petitio principii in die Worte des Paulus hineininterpolirt hätten, während sie derselben durch Weglassung des ganzen Causalsatzes oder durch Einfügung von pollicitationem statt dictionem so leicht hätten entgehen können. Der Schluss von Czyhlarz gründet sich auf eine Kette von Vermuthungen. Er stellt zuvörderst eine Hypothese über das noch immer controverse Institut der dotis dictio[46] auf, und schliesst aus der vorausgesetzten Natur derselben, eine erzwungene dotis dictio könne nicht gültig gewesen sein; mithin könne, wenn, wie l. 21 § 3 cit. zeige, die dotis promissio als nichtig behandelt worden sei, hierfür nur die Analogie der dotis dictio bestimmend gewesen sein; folglich müsse Paulus ursprünglich statt promissionem, dictionem geschrieben haben. Zugegeben, dass Czyhlarz das Wesen der dotis dictio richtig bestimmt hätte, so hätte gerade unsere Stelle ihm zeigen müssen, wie unsicher derartige Schlüsse aus der allgemeinen Natur eines Instituts sind. Denn wer hätte, abgesehen von unserer Stelle, es mit der Natur der dotis promissio vereinbar gefunden, dass sie bei stattgehabtem Zwange schon nach Civilrecht wirkungslos gewesen sei? Aber eine dotis promissio ist ja auch keine dotis dictio; das officium pietatis zwischen Bräutigam und Besteller der dos, von welchem nach Czyhlarz das durch die dictio begründete Verpflichtungsverhältniss getragen wird, braucht bei einer dos promissa gar nicht vorhanden zu sein. Woher also die

---

es: Ἡ κατὰ φόβον ὁμολογηθεῖσα προῖξ οὐκ ἔῤῥωται οὔτε ἁρμόζει ἡ διὰ φόβον αἰτίασις.

46) Vgl. Danz, Lehrb. d. Gesch. des röm. R. (2. Aufl.) I S. 162 ff.

Analogie? Eine solche wäre viel glaublicher im umgekehrten Sinne; denn in dem unmittelbar folgenden § 4 der Stelle behandelt Paulus das freiere Institut des contrarius consensus nach der Analogie der streng formellen acceptilatio.

Wenn ich nun behaupte, dass aus der Stelle die civilrechtliche Unverbindlichkeit der erzwungenen Dotalpromission nicht folge, so will ich doch keineswegs mit den Vertheidigern der ausnahmslosen Anfechtbarkeit erzwungener Geschäfte mich darauf berufen, dass die römischen Juristen, wie oben schon erwähnt, sehr häufig bei exceptionsmässiger Unwirksamkeit schlechtweg das Vorhandensein einer Obligation leugnen. Bei der Umgebung, in der die Stelle sich findet, ist dies unmöglich; sowohl im vorangehenden als im folgenden Paragraphen hält Paulus mit grösster Schärfe den historischen Standpunkt, den Gegensatz von civilem und prätorischem Rechte fest. Auch würde bei dieser Auffassung die petitio principii womöglich noch schärfer hervortreten.

Die obligatio, deren Entstehung verneint wird, ist m. E. gar nicht die des Gezwungenen aus dem Dotalversprechen; der wahre Sinn der Stelle wird sich, wie ich hoffe, aus Folgendem ergeben.

Ist dem Manne die dos durch eine promissio bestellt, so ist der Anspruch auf Restitution der dos im Falle der Auflösung der Ehe gerichtet auf Rückgabe des promittirten Gegenstandes. War zwar die Frau selbst die Promittentin, so konnte sie, wenn die Stipulation bei Auflösung der Ehe noch unerfüllt war, nichts Anderes als Acceptilation beanspruchen; hatte dagegen ein Dritter promittirt, so war der Restitutionsanspruch von der Erfüllung der Dotalpromission unabhängig; denn hier trägt der Mann, nur mit einigen Ausnahmen, die Gefahr der Forderung. [47]) Die blosse Dotalpromission genügte hier also

[47]) Vgl. Bechmann a. a. O. S. II 240 ff. 252 ff.

schon zur Erzeugung der Dotalobligation des Ehemannes, — aber doch nur dann, wenn die promissio nicht von Anfang an mit einer rechtsbegründeten peremtorischen Exception behaftet war. Eine derartige promissio erzeugte materiell gar keine Obligation, der versprochene Gegenstand war nicht geschuldet; die Frau war mithin indotata; den Mann konnte deshalb auch keinerlei Verpflichtung treffen, aus einer derartigen Promission gegen den Promittenten einen Anspruch zu verfolgen, und irgend eine Diligenz hierbei anzuwenden; von einem periculum einer materiell gar nicht bestehenden Forderung konnte selbstverständlich gar nicht gesprochen werden. Die Entstehung einer Dotalverpflichtung des Mannes war rechtlich unmöglich [48], mit der die dos beherrschenden bona fides unvereinbar [48a]; Alles dies muss aber insbesondere auch von einer durch Drohungen erzwungenen Dotalpromission gelten: gleichviel ob der Zwang von dem Ehemanne, der Frau, oder einem Dritten ausgegangen war; denn in jedem Falle steht dem ge-

---

[48]) Dieser schon im Wesen der dos begründete Satz wird uns in den Quellen ausdrücklich in Betreff des pactum de non petendo bestätigt: l. 12 § 1 de pact. dotal. 23, 4. Paul. l. XXXV ad ed.: Ex pactis conventis, quae ante nuptias vel post nuptias interponi solent, alia ad voluntatem pertinent, (velut) ut mulier dote promissa se alat, et donec nupta sit, dos ab ea non petatur aut certam pecuniam viro praestet et ab eo alatur et his similia: alia ad ius pertinent, veluti quando dos petatur, quemadmodum reddatur, in quibus non semper voluntas contrahentium servatur. ceterum si convenerit, ne omnino dos petatur, indotata erit mulier. l. 32 § 1 eod. Javolen. l. VI ex poster. Lab.: Si pater filiae nomine certam pecuniam in dotem promiserit et pactus est, ne invitus eam solveret: nihil ab eo exigendum puto, (d. h. der Mann ist nicht verpflichtet für die Beitreibung der dos Sorge zu tragen, er trägt also nicht die Gefahr der iure civili begründeten Forderung), quia id quod pacto convento, ne invitus exigeretur convenerit, in dotis causam esse non videretur.

[48a]) Cf. Vat. fr. 94. Huschke, Gaius S. 229 not. 83. Bekker, die Aktionen I S. 160.

zwungenen Promittenten die exceptio und die actio[49]) metus causa auch gegen den Ehemann zu, da beide in rem scriptae sind; auch hier bleibt es also wahr, dass der Mann einen Anspruch in Wahrheit nicht erworben hat; auch hier wird eine Dotalobligation nicht existent.

Dies und nichts Anderes aber wollte m. E. Paulus in unserer Stelle sagen. Hierbei verschwindet die sonst unvermeidliche petitio principii. Ist eine Dotalpromission durch Drohungen erzwungen worden, sagt Paulus, so entsteht auch eine Verbindlichkeit des Mannes zur Beitreibung und eventueller Restitution nicht, weil doch in Wahrheit auch eine derartige Promission eine Obligation im materiellen Sinne (welche allein als dos angesehen werden kann) nicht hervorbringt.

Es wird gegen diese Auslegung nicht eingewendet werden dürfen, dass des Ehemannes mit keinem Worte in der Stelle Erwähnung geschehe. Paulus spricht überhaupt ganz unpersönlich. Wir sind deshalb berechtigt, unter den bei einer promittendo geschehenen Dosbestellung möglichen Obligationen diejenige Wahl zu treffen, bei welcher die Stelle im Einklang mit den anderweitig feststehenden Grundsätzen des römischen Rechtes bleibt. Möglich, dass Paulus auf die Dotalobligation ausdrücklich hingedeutet hatte, und dass diese Beziehung von den Compilatoren ausgetilgt worden ist; der auffällige Beginn des letzten Theils der Stelle mit ‚nec‘ erklärt sich vielleicht dadurch, dass zwischen dem ‚nec‘[50]) und ‚verissimum est‘,

---

49) Auch der gezwungene Dritte konnte natürlich ebenso gut wie die zu einer Dotalpromission gezwungene Ehefrau Liberation durch acceptilatio fordern; aber nicht wie diese mit der actio rei uxoriae, sondern nur entweder mit der condictio ob turpem causam, oder mit der actio metus causa.

50) Der Sinn fordert entschieden die Betonung des Wortes ‚esse‘; das Dasein einer wahren promissio dotis soll geleugnet werden (wie z. B. in l. 1 § 2 quod quisque iuris 2, 2 in den Worten ‚nec est ulla sententia‘ der Ton auf das ‚est‘ zu legen ist, während das Wort ulla eine ganz unter-

eine auf die Voraussetzungen der rei uxoriae actio bezügliche Bemerkung gestanden hat, welche jedoch wegen ihrer Beziehung auf ein von Justinian so gänzlich umgestaltetes Institut[51]) von den Compilatoren weggelassen worden wäre; — man könnte es ferner verdächtig finden, dass das Wort ‚ullam‘ hier in einem prägnanten Sinne, von »gültig« steht, der ihm eigentlich nicht zukommt; auch sonst bieten die letzten Worte der Stelle für die Textkritik manchen Anhalt.[52]) Eine zwingende Nothwendigkeit zur Annahme einer Interpolation oder zu einer Emendation ist jedoch m. E. nicht vorhanden. Höchstens möchte ich vorschlagen im letzten Satze statt dotis: dotem zu lesen, was den Sinn ergeben würde, dass ein derartiges Dotalversprechen keine dos, die Frau also indotata sei.

---

§ 5.

Fortsetzung.

II. Der Antritt der Erbschaft.

Zur Annahme einer ferneren sog. Ausnahme von dem Satze, dass der Zwang nach Civilrecht nur sog. Anfechtbarkeit bedinge, hat Manchen[53]) l. 6 § 7 de acqu. v. om. her. 29, 2

---

geordnete Bedeutung hat); durch das ‚talem‘ wird aber in anstössiger Weise der Nachdruck auf das Wörtchen ‚ullam‘ verlegt.

[51]) C. un. de rei ux. a. 5, 13.

[52]) Vielleicht ist statt talem ‚dotalem‘ zu lesen, und das ‚dotis‘ wegzulassen; möglich auch, dass die Worte ‚dotis ullam‘ durch falsches Abschreiben aus dem vielleicht am Ende und Anfang zweier Zeilen, und deshalb in zwei Theile getrennten Wortes dotalem entstanden, so dass der letzte Satz lauten würde ‚nec talem promissionem dotalem esse‘, und bezeichnen sollte, dass eine erzwungene promissio dotis den Dotalcharakter nicht annehme (cf. l. 10 de fundo dotali 23, 5: quia dotalis fuit obligatio, und Dirksen, manuale, s. v. dotalis).

[53]) So auch Schliemann a. a. O. S. 65.

Anlass gegeben, in welcher Celsus anscheinend im Gegensatz zu Paulus und zu Papinian den erzwungenen Erbantritt für ipso iure unwirksam erklärt. Obwohl die meisten Schriftsteller für die erwähnte Stelle einen anderen Thatbestand, als den in l. 21 § 5 qu. m. c. (Paulus) und l. 85 de acqu. her. (Papinian) enthaltenen, voraussetzen, und darum das Vorhandensein einer Antinomie leugnen, so darf doch keiner der bisherigen Versuche, Licht in die Stelle zu bringen, befriedigend genannt und ihr Verhältniss zu den beiden anderen Fragmenten für aufgeklärt erachtet werden.

Der leichteren Vergleichung wegen setze ich die drei Stellen in ihrem Wortlaute hierher[54]):

l. 21 § 5 qu. m. c. Paulus l. XI ad ed.:

Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui: sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.

l. 85 de acqu. her. Papinian. l. XXX quaest.

Si metus causa adeat aliquis hereditatem, fiet, ut quia invitus heres existat, detur abstinendi facultas.

l. 6 § 7 eod. Ulpian. l. VI ad Sabinum.

Celsus libro quinto decimo digestorum scripsit, eum qui metu verborum[54a]) vel aliquo timore coactus fallens adierit hereditatem, sive liber sit, heredem non fieri placet, sive servus sit, dominum heredem non facere.

---

[54]) l. 12 de cond. inst. 28, 7 (Hermog.) ist mit Recht in dieser Frage stets ausser Betracht geblieben. Der Jurist dachte hier an den Gegensatz von necessarii und voluntarii nur im Hinblick auf das Gesetz, nicht auf sonstige den Willen beeinflussende Momente.

[54a]) Die Umänderung der handschriftlichen Lesart verborum in verberum ist nicht nothwendig, da es sich, wie nachher nachzuweisen ist, in der Stelle gar nicht um eine juristische Wirkung des Zwanges handelt, mithin die Beschaffenheit desselben hier gleichgültig ist. Verba im Sinne

Gegen die Annahme eines Widerspruchs zwischen Celsus einerseits, und Paulus und Papinian andrerseits spricht Alles. Ulpian ist es, der uns den Ausspruch des Celsus mittheilt; dass er kein Wort des Widerspruchs hinzufügt, ist Beweis seines Einverständnisses. Erstaunlich aber wäre es, wenn bei einem vorhandenen Streit unter den Juristen über eine solche Frage, keiner von ihnen der abweichenden Meinung Anderer mit einem Worte Erwähnung gethan, ein Jeder vielmehr mit grösster Zuversichtlichkeit die von ihm vertretene Meinung als unbestritten bestehendes Recht vorgetragen haben sollte. Auch darf nicht leicht angenommen werden, dass den Compilatoren ein zwischen zwei für denselben Titel bestimmten Stellen bestehender Widerspruch so völlig entgangen sein würde.

Viele haben sich nun zu einer Emendation der l. 6 § 7 cit. veranlasst gesehen, und wollen dem ‚fallens‘ ein ‚nolens‘ oder ‚invitus‘ substituiren. Diese Emendationen beruhen aber auf dem allerdings herrschenden, aber doch m. E. zu verwerfenden Dogma, der Zwang könne die Freiheit des Willens nicht aufheben; sie gehen darauf aus, mit dem aus den Worten ‚nolens‘ oder ‚invitus‘ zu entnehmenden Mangel des Willens ein neues, den dem Celsus vorschwebenden Thatbestand von dem der l. 21 § 5 und l. 85 citt. unterscheidendes Moment in die Stelle einzuführen; der Gedanke ist also der: trete der Delat nur gezwungen (natürlich durch erhebliche Drohungen gezwungen) an, so werde er Erbe; trete er aber gezwungen an, und fehle ihm ausserdem noch der Wille, Erbe zu werden, so werde er nicht Erbe.

Andere entnehmen der Stelle auch ohne Emendation, dass Celsus die Wirksamkeit des Antritts nicht wegen des statt-

---

von »Scheltworte« vgl. bei Plaut. Menaechm. 980, wo Messenio im Wortspiel sagt: Magis multo patior facilius ego verba, verbera odi.

gehabten Zwanges sondern wegen des ausserdem noch vorliegenden Willensmangels verneine, indem sie dem Worte ‚fallere' die Bedeutung von »Simuliren« beilegen.[55]) Eine derartige Simulation würde indess lediglich auf eine Mentalreservation hinauskommen, die diesen Charakter auch dann nicht verlieren würde, wenn der Antretende einem Freunde vorher mitgetheilt, oder gar in einer förmlichen Urkunde vorher erklärt hätte, dass er durch die demnächst vorzunehmende Antrittshandlung gar nicht Erbe werden wolle.[56]) Denn, wie später zu erweisen, handelt es sich hier nicht um einen Erbschaftserwerb durch pro herede gestio, welcher allerdings durch eine protestatio seitens des gerens die Bedeutung einer solchen genommen werden kann[57]), sondern um einen ausdrücklichen Antritt und zwar in der solennen Form der cretio. Nähme man etwa an, der Delat habe mit seiner Antrittserklärung den Zeugen gegenüber sofort die Erklärung verbunden, er trete zwar an, wolle aber gleichwohl nicht Erbe werden, so würde er in Wahrheit gar keine Antrittserklärung, sondern eine völlig widerspruchsvolle und darum bedeutungslose Erklärung abgegeben haben, für welche der Ausdruck ‚adierit' gar nicht gebraucht werden könnte. Glaubt man in der That, dass ein Antretender nachträglich mit dem Beweise auftreten könne, er habe nicht Erbe werden wollen, so kann man sich auch der Consequenz nicht entziehen, dass auch jeder Contrahent hinter-

---

[55]) Savigny, Syst. III S. 103 not. d. Böcking, Einl. in die Pand. § 86 Anm. 12. Burchardi, Wiedereinsetzung S. 366 (die von Letzterem hiehergezogene c. 2 de his qui per met. 7, 67 ist ohne alle Beweiskraft für den vorliegenden Fall). Köppen in den Jahrb. f. Dogm. V. S. 140 Anm. 48 und System des h. r. Erbr. S. 352 Anm. 4. Schliemann a. a. O. S. 65. Brinz, Pand. S. 1423. Czyhlarz a. a. O. S. 21. Schulin a. a. O. S. 37.

[56]) So denkt sich den Fall schon die Glosse (ad h. l.), ebenso Dinus und Bartolus.

[57]) Vgl. z. B. l. 20 § 1 de acqu. her.

her mit der Behauptung komme, er habe den Contract gar nicht ernstlich gemeint, und dass er dies durch ein bisher geheim gehaltenes Beweismittel oder auch durch Eid erweise; dass ein Wechselacceptant gegen die Klage einwenden dürfe, er habe keineswegs eine Wechselschuld auf sich nehmen wollen, und habe sich, statt dies gleich bei der Begebung des Wechsels zu sagen, diese interessante Enthüllung bis zum Verfalltage vorbehalten wollen. — Wollte aber Celsus in der That nur sagen, ein simulirter Erbantritt sei unwirksam, wozu dann die Erwähnung des für die Willensfreiheit einstimmig für unerheblich erachteten Zwanges? — Die cretio, an welche Celsus hier allein denken konnte[58], war ein strenger civilrechtlicher Formalact; bei Formalacten aber ist eine Simulation nicht denkbar, weil ihre juristische Wirkung einzig und allein an das Vorhandensein der Form geknüpft ist, die Simulation aber stets, mag sie rein innerlich geblieben, mag sie zu äusserem Ausdruck gebracht sein, etwas ausserhalb der scharfen Grenzen des Formalactes Gelegenes ist.[59]

Von Interesse ist es übrigens das Verhältniss der hier bekämpften Meinung zu dem herrschenden Dogma ‚coactus voluit' zu untersuchen.

Wer durch ernstliche Bedrohung seines Lebens gezwungen antritt, wird, wenn er nachträglich mit Berufung auf den gegen ihn geübten Zwang behauptet, er habe wider seinen Willen

---

[58] Vgl. unten S. 44 f.

[59] Vgl. unten § 6. und Voigt, das ius naturale etc. der Römer III S. 61. und die dort angeführten Quellenbelege, besonders Sueton., de rhetoribus 1, 24 (Roth). — Man braucht nur an unserem modernen Formalgeschäft, dem Wechsel die Probe zu machen, um sich zu überzeugen, dass bei formellen Geschäften eine, nicht allen Interessenten als solche erkennbar gemachte Simulation schlechthin ausser Berücksichtigung bleiben muss. — Die rechtlichen Folgen treten ein, weil die Form erfüllt ist, und weil das Gesetz, nicht weil der Handelnde die rechtliche Folge als Wirkung der Form wollte.

angetreten, einfach zurückgewiesen; es wird ihm erwidert: Du hast einmal angetreten; die Bedrohung Deines Lebens hat Dir die Freiheit zwischen Antritt und Entsagung zu wählen, nicht genommen; also hast Du den Willen gehabt, Erbe zu werden.

Wer aber, vielleicht nur um die Erbschaftsgläubiger irre zu führen, feierlich die Erbschaft antritt, der darf jederzeit den Zeugen, dem er vorher heimlich anvertraut hatte, er wolle nur Comödie spielen, produciren, und sich als Scheinerbe darstellen, und man muss ihm glauben; ihm, bei dem es zur Annahme völliger Freiheit seines Willens der Berufung auf ein Dogma von höchst zweifelhaftem Werthe gar nicht bedarf, darf man nicht entgegenhalten: Du hast ein Mal angetreten, also hast Du gewollt, und es ist kein Grund vorhanden, der Deinem Zeugen oder vor dem Notar gemachten Angabe über Deine wahre Absicht grösseren Glauben beizumessen, als der offen und feierlich abgegebenen Antrittserklärung. Dass der Gezwungene sich gegen die ihm angesonnene Handlung erweislich mit Worten und Geberden gesträubt, darf als Beweis seines mangelnden Willens nicht angesehen werden, unbedenklich aber der Umstand, dass er insgeheim irgend Jemandem eingeraumt hat, er meine seine Erklärung nicht ernst.

Diese Parallele ist wohl geeignet, in gleicher Weise gegen das Dogma ‚coactus voluit‘, wie gegen die Ansicht, die Erbantrittserklärung könne simulirt werden, die grössten Bedenken zu erregen.

Und nun zurück zu unserer Stelle! Obwohl über dieselbe bei der Dunkelheit und Knappheit des Ausdrucks wohl niemals volles Licht zu verbreiten sein wird, so möchte vielleicht der nachfolgende Erklärungsversuch einen etwas höheren Grad der Wahrscheinlichkeit, als die bisherigen Versuche für sich haben.

Wenn gesagt wird, Jemand sei nicht Erbe geworden, so ist hiermit stets zugleich verneint, sowohl dass er die Vor-

theile, als auch, dass er die Lasten der Erbschaft überkommen habe. Wenn aber in einem concreten Falle die Frage entsteht, ob Jemand Erbe geworden, so wird regelmässig die Veranlassung zur Frage in dem Bedürfniss der Feststellung nur der einen oder der anderen jener Alternativen liegen. Die Frage wird (abgesehen von einem Streit um das Erbrecht selbst) erheblich werden, entweder, weil Jemand ein einzelnes Recht auf seine Erbenqualität gründet (z. B. eine Sache als Erbe vindicirt, eine Erbschaftsforderung geltend macht), oder weil Jemand als Erbe wegen der Erbschaftsschulden in Anspruch genommen wird.

Es ist für die Interpretation unserer Stelle wichtig, festzustellen, von welchem dieser beiden Standpunkte aus Celsus die Frage, ob der Antretende Erbe geworden, sich gestellt und beantwortet hat. Folgender Grund spricht für die Annahme, dass es sich in dem von ihm besprochenen Falle zunächst um die active Legitimation des Antretenden, um die acquisitive[60]), nicht die obligirende[61]) Wirkung des Antritts handelte. Celsus giebt seine Entscheidung, und zwar ein und dieselbe, sowohl für den Fall, dass der Antretende ein Freier, als für den, dass er ein Sclave war. Nun wissen wir, dass ein Sclave

---

60) Vom entgegengesetzten Standpunkte aus sprechen l. 21 § 5 und l. 85 citt. Nur gegen die ihm aufgezwungenen Lasten der Erbschaft bedurfte der Gezwungene einer Restitution; der Vortheile konnte er sich durch Dereliction und Nichtgebrauch einfach begeben.

61) Die obligatorische Wirkung des Erbantritts wird sehr häufig allein hervorgehoben, z. B. l. 6 pr. l. 8 de acqu. her. l. 12 qui test. 28, 1; dass Jemand Erbe geworden, wird ungemein häufig durch obligari, adstringi, obstringi hereditati ausgedrückt; Gaius II 35, 36 gebraucht sogar abwechselnd die Ausdrücke aditio und obligatio für den Erbschaftserwerb. — Als das Primäre beim Erbschaftserwerb wird die Acquisitiv-Wirkung bezeichnet von Ulpian l. 1 pr. de auct. tut. 26, 8: prima enim ratio auctoritatis ea est ut heres fiat, per consequentias contingit, ut debitum subeat; die obligirende Wirkung ist aber für denselben Fall von ihm in den Vordergrund gestellt in l. 8 de acqu. her.

kein Intestaterbrecht haben, dass er aber eine ihm durch Testament deferirte Erbschaft nicht anders als durch cretio[62]) nach vorangegangenem iussus[63]) des Herrn antreten konnte. Hieraus ergeben sich für die auf den Sclaven bezügliche Entscheidung als thatsächliche Unterlagen: 1) eine Erbeseinsetzung des Sclaven; 2) eine stattgehabte cretio; 3) ein iussus des Herrn, also dessen Wille, Erbe zu werden. Beim Mangel des iussus würde es offenbar erst keines weiteren Grundes, den Antritt des Sclaven für wirkungslos zu erklären, bedurft haben. Bei der vollständigen Parallelisirung des Sclaven mit dem Freien in der Stelle müssen wir aber auch für den Letzteren annehmen, dass ihm eine Testamentserbschaft deferirt war, dass er dieselbe erwerben wollte und sie cernirt hat.[64]) Gleichwohl kann weder der dominus, noch der Freie auf Grund des geschehenen Antritts ein Erbrecht geltend machen; sie werden von Celsus als Erben nicht anerkannt. Der Grund der Wirkungslosigkeit der cretio kann nun nicht in den Worten ‚metu verborum vel aliquo timore coactus‘ liegen. Denn hat der Delat freiwillig cernirt, so ist eben der Antritt nicht das Resultat eines auf ihn geübten Zwanges gewesen; der Zwang konnte höchstens den vom Delaten gewählten Modus des Antritts veranlasst haben. Dieser Modus und zugleich der Grund, warum der Delat trotz des Antritts nicht Erbe wird, wird durch das Wort ‚fallens‘ ausgedrückt.

---

[62]) Huschke, Studien des r. R. I S. 255. Leist, die Bonorum possessio II 2 S. 123 f. Ders. in Glück's Comm. Ser. der B. 37 u. 38 II S. 168.

[63]) l. 6 pr. § 4 l. 25 § 2. 4. 7 sq. de acqu. her. Cic. ad Att. XIII, 46, 3: Nunc mittendum est, ut meo iussu cernat. Idem igitur Pollex (Cicero's Sclave Pollex war von Cluvius instituirt worden) id. XIII 47, 1: Idem Pollex remittendus est, ut ille cernat.

[64]) Vermuthlich wird Celsus nicht adierit, sondern creverit geschrieben haben; indess konnte die Bezeichnung des solennen Antrittsactes ja ebensowohl von dem gleichfalls in der Formel enthaltenen ‚adire‘ entlehnt werden. (Gai. II. 166 Ulp. XXII, 28: ... adeo cernoque.)

Das Wort ‚fallere' wird sehr häufig zur Bezeichnung der Heimlichkeit, des Verborgenbleibens einer Thatsache, eines Vorganges gebraucht; in diesem Sinne in verschiedenen Constructionsweisen, bald impersonell, bald personell, bald absolut, bald mit Hinzufügung eines den verborgen bleibenden Vorgang bezeichnenden Verbums; in letzterem Falle ist die griechische Participialconstruction, wie bei λανθάνω die übliche.[65] Fallo agens aliquid bedeutet also: »ich thue etwas heimlich«; nicht etwa: »ich gebe mir den Anschein, etwas zu thun, was ich in Wahrheit nicht thue«. Obwohl ich nun allerdings einen Fall, in welchem das Wort ‚fallere' im Partizipium und das die im Verborgenen vorgenommene Thätigkeit bezeichnende Verbum als das den Satz regierende gebraucht wäre, sonst nicht anzuführen weiss, so scheint mir diese der sonstigen lateinischen Redeweise vollkommen entsprechende Construction doch durchaus möglich, ohne dass das Wort ‚fallere' eine andere Bedeutung dadurch erhalten müsste. ‚Fallens adiit' heisst daher m. E.: »er hat insgeheim angetreten«. Der Delat hat cernirt in aller Form; er hat aber dafür gesorgt, dass die Cretion geheim bleibe.[66] Dass ein derartiger Antritt für

---

[65]) Z. B. fallit me = praeterit me, latet. Livius 22, 33: per eosdem dies speculator Carthaginiensis qui per biennium fefellerat Romae deprensus. id. 25, 9: ut discurrerent circa vias perscrutarentque omnia oculis, ne quis agrestium procul spectator agminis falleret. Quintilian., instt. or. VII in f.: verum longius fortasse progredior fallente transitu et a dispositione ad elocutionis praecepta labor, quae proximus liber inchoabit. — Sueton. D. Julius 43: Legem praecipue sumptuariam exercuit, dispositis circa macellum custodibus, qui obsonia contra vetitum retinerent, deportarentque ad se submissis nonnumquam lictoribus atque militibus, qui si qua custodes fefellissent iam adposita e triclinio auferrent. Gaius II 70: per alluvionem id adici videtur, quod ita paulatim adicitur, ut oculos nostros fallat. Liv. 8, 20: longius discedi, ne alio itinere hostis falleret ad urbem incedens, non placuit. Horat. ep. I, 17, 10: nec vixit male qui natus moriensque fefellit. (Ovid.: bene qui latuit, bene vixit.)

[66]) Er simulirt also nicht den Antritt, was juristisch gar nicht möglich ist, sondern er dissimulirt ihn.

unwirksam erklärt wird, lässt sich sehr wohl aus der Bedeutung der Cretion erklären. Sie hat die Bestimmung, den Cernirenden nach aussen hin als den Herrn des Nachlasses zu legitimiren, und ihn allen Interessenten als die für die Erbschaftsschulden verantwortliche Person erscheinen zu lassen. [67]) Ein solcher in das Allgemeine wirkender Act musste daher im vollen Lichte der Publicität vorgenommen werden, und eine, dieses Charakters entbehrende Cretion kann darum, wenngleich sonst formgerecht, keine Wirkung haben.

Das Motiv, warum in dem in der Stelle supponirten Falle der Delat den Antritt verheimlicht, enthalten die Worte ‚metu verborum vel aliquo timore coactus'. Es ist hierbei zunächst darauf aufmerksam zu machen, dass diese Worte nicht nothwendig von einem metus illatus ab aliquo verstanden werden müssen, vielmehr auch auf eine von dem Erben selbst aus den Umständen geschöpfte Befürchtung bezogen werden können; denn wenngleich nur ein metus illatus ab aliquo den Anspruch auf Gewährung der prätorischen Rechtsmittel giebt, so folgt doch keineswegs daraus, dass überall, wo von metus ohne Beziehung auf das Edict gesprochen wird, eben nur ein metus illatus ab aliquo mit allen sonstigen für die Anwendung der Edictsbestimmungen erforderten Qualificationen gemeint sei; es kann Jemand auch ‚coactus' durch die Umstände sein. [68])

---

[67]) cf. Varro de ling. lat. VI 81 (Bruns font. p. 216): Dictum cerno a cereo i. e. a creando; dictum ab eo, quod, quom quid creatum est, tunc denique videtur. Hinc quod in testamento: (‚cernito') i. e. facito, videant te esse heredem; itaque in cretione adhibere iubent testes. Man mag über den Werth dieser Etymologie denken, wie man will; jedenfalls hat Varro von einer ihm als feststehend geltenden Bedeutung des Cretionsactes auf die Abstammung des Wortes schliessen wollen.

[68]) Vgl. l. 49 § 1 ad leg. Aquil. 9, 2: nisi magna vi cogente fuerit factum, ut Celsus scribit circa eum, qui incendii arcendi gratia vicinas aedes intercidit: nam hic scribit cessare legis Aquiliae actionem: iusto enim metu ductus ne ad se ignis perveniret, vicinas intercidit.

Es ist ferner, auch wenn man hier an einen Zwang durch Drohungen denken will, nicht ohne Weiteres die durch den metus veranlasste Thätigkeit des coactus gerade als das von dem cogens angestrebte Ziel zu betrachten.[68a] Hält man Alles dies fest, so hat man sich das thatsächliche Verhältniss in unserer Stelle etwa folgendermassen zu denken. Der Delat fürchtete aus irgend einem Grunde Misshandlungen oder andere Unannehmlichkeiten, vielleicht das ungestüme Drängen der Erbschaftsgläubiger, wenn sein Antritt bekannt würde; möglicherweise hatte ihn ein Substitut durch Drohungen von der Cretion innerhalb der gesetzten Frist abhalten wollen, um dann selbst die Erbschaft zu acquiriren. Um sich all diesen möglichen Gefahren zu entziehen, doch aber auch die Erbschaft sich nicht entgehen zu lassen, tritt er zwar an, verheimlicht aber die Cretion. Es kommt also in der Stelle nicht ein Zwang zum Antritt, sondern höchstens ein Zwang zur Entsagung vor; und wer sich einem solchen auch nur insoweit fügt, dass er seinen Antritt heimlich vornimmt, wird so angesehen, als hätte er die Erbschaft omittirt. Er muss deshalb, wenn es noch zulässig, neuerdings cerniren oder wenn der stattgehabte Zwang ein gehörig qualifizirter ist, sich in integrum restituiren lassen.

---

§ 6.

Fortsetzung.

III. Das erzwungene Testament.

Unter diejenigen Fälle, in welchen civilrechtliche, nicht erst durch prätorisches Recht vermittelte Nichtigkeit vorhanden

---

68a) Vgl. z. B. Plaut. Men. 875 sq.: Iamne isti abierunt ex conspectu meo Qui vi me cogunt, ut validus insaniam.

sein soll, wird von Vielen das erzwungene Testament gerechnet[69]), während gerade hier in Wahrheit, wie ich glaube, der Satz, dass Abwesenheit von Zwang Voraussetzung eines gültigen Testaments nicht sei, nicht nur nach Civilrecht gilt, sondern auch nicht einmal indirect durch das prätorische Recht elidirt wird. Die Untersuchung über die Behandlung erzwungener Testamente gehört daher in diesen Zusammenhang, in welchem ich mir die Beseitigung ohne Grund statuirter sog. Ausnahmen zur Aufgabe gestellt habe.

Die Meinungen der Schriftsteller in dieser Frage gehen sehr weit auseinander. Während, wie erwähnt, die Einen sog. Nichtigkeit nach Civilrecht vertheidigen, nehmen Andere sog. Anfechtbarkeit des Testaments durch die prätorischen Rechtsmittel an; Windscheid[70]) spricht sich zwar für Anfechtbarkeit, jedoch nach anderen als den im Edict enthaltenen Grundsätzen, aus. Eine jetzt, wie es scheint, von Niemand mehr vertheidigte Meinung endlich will die für den Fall der gewaltsamen oder dolosen Abhaltung von der Errichtung eines Testaments gegebenen Bestimmungen des römischen Rechts analog auch bei erzwungenen Erbeseinsetzungen zur Anwendung bringen. — Keine dieser verschiedenen Ansichten halte ich für richtig.

Gegen die Anwendung der prätorischen Rechtsmittel (actio, exceptio qu. m. c., in integrum restitutio) spricht Folgendes. Sie werden überall nur demjenigen, der selbst dem Zwange unterlegen ist, gewährt. Dies muss als unzweifelhaft angenommen werden, wenngleich bei der allgemeinen, unpersönlichen Fassung der Actions- und Exceptionsformel mög-

---

69) Ueber die Literatur dieser Frage vgl. Windscheid, Pand. III § 548 Anm. 2. Brinz S. 1425, welcher Nichtigkeit nach Civilrecht annimmt. Czyhlarz a. a. O. S. 27, welcher indess eine bestimmte Meinung nicht äussert.

70) a. a. O. Anm. 2.

licherweise, wie auf der activen Seite von der Frage, von wem der Zwang verübt war, in der That abstrahirt wurde, auch auf der passiven von der Frage, gegen wen er verübt worden, hätte abgesehen werden können. Dass aber die Quellen überall nur von dem Gezwungenen als dem Klage- und Exceptionsberechtigten reden, und der Möglichkeit, dass auch die blosse Beschädigung durch einen gegen irgend einen Dritten geübten Zwang auf die prätorische Hülfe Anspruch gebe, nicht entfernt gedenken[70a]), nöthigt, jene Möglichkeit für das römische Recht entschieden zu leugnen, ganz abgesehen von den unerträglichen Consequenzen, welche aus einer solchen Ausdehnung der actio qu. m. causa sich ergeben müssten. — Der Erbe eines Gezwungenen könnte nur die für seinen Erblasser entstandenen Klagrechte geltend machen. Nun ist aber bei einer erzwungenen Erbeinsetzung dem Testator kein Schaden zugefügt, also kein Klage- oder Exceptionsrecht entstanden; dem Erbprätendenten, wenn vielleicht auch ein Schaden, so doch kein Zwang angethan.

Die von Windscheid angenommene, von ihm auf den Gegensatz des »wirklichen« und des »eigentlichen« Willens des Testators gebaute nicht prätorische Anfechtbarkeit, ist civilistisch nicht bestimmbar. Welchen Namen führt die civilrechtliche Klage, die zur Rescission des erzwungenen Testaments dienen soll? Wir werden auf die Analogie des Irrthums bei der Erbeinsetzung verwiesen[71]); aber auch dort ist die nähere Bestimmung der von prätorischer Einwirkung unabhängigen Anfechtbarkeit zu vermissen.

Gegen die analoge Anwendung der für die gewaltsame

[70a]) Die bei Holzschucher, Theorie u. Cas. des gem. Civ. R. I § 22 zu nr. 8 angeführten Stellen (l. 14 § 6. 8 qu. m. c. l. 7 § 1 de dol. exc. 44, 4) sind völlig unbeweisend.

[71]) Vgl. Windscheid III § 548[2].

oder dolose Abhaltung von Errichtung eines Testaments gegebenen Bestimmungen pflegt man einzuwenden, dass jene mit dem Zwange zur Errichtung eines Testaments nicht das Geringste gemein habe, und dass dort Niemand geschädigt werde, wenn der Fiscus den Erbtheil des Zwingenden für sich einziehe, hier dagegen die gleiche Bestimmung eine offenbare Benachtheiligung wohlbegründeter Rechte der Intestaterben oder der in einem früheren Testamente eingesetzten Erben herbeiführen würde.[72] Dieser Gegengrund ist freilich unzutreffend. Bei Lebzeiten des Testators stand weder dem Intestaterben, noch dem in einem früheren Testament Eingesetzten ein Erbrecht zu; jener konnte bis zu seinem Tode frei über die Erbfolge verfügen. Von einer Benachtheiligung der Intestaterben oder des in einem früheren Testamente Eingesetzten könnte nur dann die Rede sein, wenn das Unerweisbare erweisbar wäre, dass der Testator, hätte der Zwang nicht stattgefunden, nicht durch Errichtung eines Testaments von anderem Inhalt als des erzwungenen, im einen Falle die Intestaterbfolge, im anderen die durch das frühere Testament festgestellte Erbfolge ausgeschlossen haben würde. Dass er zu diesem Testament gezwungen worden, daraus folgt nicht mehr, als dass er diesen Erben nicht gewollt; nicht, dass er an dem früheren Testament habe festhalten, oder ein anderes Testament nicht habe errichten wollen, um die Intestaterben zur Nachfolge gelangen zu lassen. Der Erblasser, der noch kein Testament gemacht, hatte sich vielleicht vorgenommen, den extraneus A einzusetzen; da wird er von Jemand gezwungen, den B zum Erben zu ernennen. Wo liegt hier eine rechtswidrige Benachtheiligung der Intestaterben? Sie haben nicht erhalten, was ihnen der Testator auch gar nicht hatte geben wollen, und was

---

[72]) Vgl. Vangerow II § 431 Anm. 2[2]. Mühlenbruch in Glück's Comm. Bd. 43 S. 487.

er ihnen zu geben nicht verpflichtet war. Den wirklichen Notherben bleibt selbstverständlich auch einer erzwungenen Disposition gegenüber ihr Recht ungeschmälert.

Wäre es aber auch erweislich, dass der Erblasser auch nach erlittenem Zwange bis zu seinem Tode die Absicht festgehalten habe, von den Intestaterben oder dem in einem früheren Testament Instituirten beerbt zu werden, so müsste doch ein solcher nicht in Testamentsform geäusserter Wille rechtlich bedeutungslos sein.

Der in Wahrheit gegen die Analogie sprechende Grund ist allgemeiner Natur; es ist derselbe, der auch gegen die Annahme der sog. Nichtigkeit spricht und auch vor allen anderen oben angeführten Gegenargumenten der Annahme prätorischer Unwirksamkeit entgegenzusetzen ist.

Sämmtliche Schriftsteller gehen von dem Gedanken aus, es müsse auf irgend einem Wege die Wirkung eines erzwungenen Testaments beseitigt werden können; gestritten wird nur über die Art, wie dies zu bewerkstelligen sei. Es ist nun aber, wenn sich positive Bestimmungen hierüber nicht finden sollten, keineswegs von vornherein als ausgemacht zu betrachten, dass nicht ein erzwungenes Testament schlechthin als gültig, ohne Möglichkeit einer Rescission erachtet werden dürfe. Der Satz des prätorischen Edicts: ‚quod metus causa gestum erit ratum non habebo‘, für dessen Anwendung auf Testamente es übrigens an allem Beispiele in den Quellen fehlt, ist Nichts als eine allgemeine Verheissung des Prätors, deren praktische Wirksamkeit nur aus der besonders festzustellenden Tragweite ihrer Ausführungsbestimmungen, der gewährten Actionen und sonstigen Rechtsmittel erkennbar ist. In gleicher Weise enthält die von Windscheid (a. a. O.) angezogene l. 4 § 10 de doli exc. 44, 4 (Ulpian.):

Praeterea sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere:

et ideo heres qui non habet voluntatem per exceptionem doli repellitur,

nur ein die unmittelbare Anwendung nicht zulassendes allgemeines Prinzip, eine theoretische Abstraction aus gewissen praktischen Rechtssätzen, oder die über denselben stehende ratio. Wollte man sie für eine Rechtsregel halten, so müsste man unbedenklich dem im Testament Eingesetzten das Erbrecht oder die Vortheile aus demselben überall absprechen, wo nur der Testator auf irgend eine formlose Weise die Aenderung seines Willens zu erkennen gegeben hat; allein es ist bekannt, dass der Prätor nur unter positiv bestimmten Voraussetzungen das civilrechtlich gültige Testament ignorirte (tabulae incisae, cancellatae, testamentum posterius ruptum etc.).[73] Da sonach die Unwirksamkeit eines allen civilrechtlichen Anforderungen entsprechenden Testaments sich als eine Abweichung von der Regel darstellen würde, so kann eine solche nicht auf Grund analoger Anwendung anderer Ausnahmebestimmungen, sondern nur auf Grund positiver Bestimmungen angenommen werden.

Die Quellen enthalten keine einzige Vorschrift über die rechtliche Behandlung erzwungener Erbeinsetzungen. Haben aber die Römer überhaupt den Zwang zur Errichtung eines Testaments für eine rechtlich erhebliche und besondere gesetzliche oder prätorische Massnahmen erheischende Thatsache erachtet, so ist es nicht denkbar, dass die Schriften der Juristen hiervon Nichts enthalten haben sollten; haben sie andrerseits den Fall erzwungener Erbeinsetzung behandelt, so muss es in hohem Grade auffallen, dass das corpus iuris keinen einzigen auf diesen Punkt bezüglichen Ausspruch eines Juristen, keine einzige kaiserliche Entscheidung in Betreff desselben enthält,

---

73) Vgl. Krüger, kritische Versuche im Gebiete des r. R. (1870) S. 1 ff.; »Ueber den formlosen Widerruf der Testamente«.

da doch die Compilatoren, wie die gleichlautenden Titelrubriken in Digesten und Codex: ‚Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit'[74]) beweisen, auch an den Fall erzwungener Testamentserrichtung gedacht haben, für ihn also auch Bestimmungen geben wollten. Dass sie uns derartige Bestimmungen in Wirklichkeit nicht geben, kann seinen Grund nur entweder in einer schwer zu rechtfertigenden Nachlässigkeit der Compilatoren, oder darin gehabt haben, dass sie in den Schriften der von ihnen excerpirten Juristen und in den Kaiserconstitutionen über die Frage, wie erzwungene Testamente zu behandeln, Nichts gefunden haben. Ich stehe nicht an, mich für das Letztere zu entscheiden und anzunehmen: in der reichen juristischen Literatur, welche den Compilatoren vorlag, hat der Fall der erzwungenen Testamentserrichtung als ein besonderes juristisches Interesse erregender sich nicht behandelt gefunden; und ich schliesse hieraus, dass weder Gesetze, noch der Prätor, noch die Jurisprudenz den Fall einer selbstständigen Regelung oder Betrachtung für werth befunden haben, dass mithin das erzwungene Testament der Theorie nach schlechthin als gültig angesehen ward.

Der Schluss von dem Nichtvorkommen dieser Materie im corpus iuris auf das Nichtvorkommen in den Schriften der Juristen und Constitutionen der Kaiser, und der Schluss hieraus auf das Nichtvorkommen dieser Materie als einer juristisch bedeutsamen im Rechtsleben scheint etwas Gewagtes zu haben. Gelingt es indess, das Resultat des letzten Schlusses selbstständig durch andere Gründe zu erweisen, so wird hierin zugleich die Bestätigung für die Richtigkeit der vorangehenden Sätze liegen.

Die Nothwendigkeit, dass ein erzwungenes Testament auf die eine oder die andere Weise unwirksam sein müsse, wird

---

[74]) Dig. 29, 6. Cod. 6, 34.

darauf gegründet, dass der Erblasser den Inhalt des erzwungenen Testaments in Wahrheit nicht wolle, in dem Testamente aber der letzte Wille des Verstorbenen geehrt werden solle. Unleugbar, dass letzteres die Idee des Rechtsinstituts ist. Wie aber keine einzige Idee im Rechte rein durchführbar ist, und stets Etwas von ihr geopfert werden muss, um das Erreichbare um so sicherer zu erreichen, so auch hier. Soll der Wille des Verstorbenen zur Anerkennung gebracht werden, so bedarf es besonderer Garantien, diesen Willen nach dem Tode des Disponenten mit Sicherheit zu ermitteln, weil der Urheber der letztwilligen Erklärung nicht mehr gehört werden, einer falschen Auslegung nicht mehr entgegentreten, einen ihm untergeschobenen Willen nicht mehr von sich zurückweisen kann, weil in ihm der einzige, untrügliche Zeuge seines Willens dahingegangen ist. Jene Garantie für die Echtheit und Ernstlichkeit des erblasserischen Willens zu schaffen, ist der Zweck der für das Testament erforderlichen Solennitäten; in diese muss seinen Willen kleiden, wer ihm Geltung nach seinem Tode sichern will.[75] Jener Zweck ist aber nur dann erreichbar, wenn die Bedeutung der Form nach einer zweifachen Richtung künstlich gesteigert wird: 1) wenn jede Erklärung des Erblassers in jener Form als sein wahrer Wille geschützt wird; 2) wenn keine Erklärung des Erblassers, welche jener Form ermangelt, den Anspruch, als sein letzter Wille zur Geltung zu kommen, erheben darf. Beide Sätze hängen auf das Engste zusammen; der erste wird illusorisch, soweit der zweite in seiner Geltung beschränkt wird. Das Ergebniss beider Sätze zusammengenommen ist: der Inhalt des Testaments gilt schlechthin als Ausdruck des erblasserischen Willens; das solenn errichtete Testament schneidet jede Untersuchung, ob der

---

75) Ulpian. fr. XX, 1: Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio in id sollemniter facta, ut post mortem nostram valeat.

Testator die Disposition gewollt hat, ab. Gewiss liegt hier die Gefahr vor, dass unter Umständen Etwas als der Wille des Testators angesehen werden kann, was er in Wahrheit überhaupt nicht, oder später nicht mehr gewollt hat; die Berücksichtigung jedes irgendwie beschaffenen Momentes, um daraus auf den wahren Willen des Verstorbenen zu schliessen, die Zulassung der voluntatis quaestio um jener möglichen, entfernten Gefahr willen, würde aber den sicheren Schutz des wahren Willens, welcher für den überwiegend grössten Theil der Fälle durch das Prinzip der Formalität erreicht wird, völlig wieder aufheben. Daher muss das kleinere Uebel um des zu erlangenden höheren Gutes willen getragen werden; und dass die Römer so gedacht, darüber kann kein Zweifel bestehen. Dass nach Civilrecht ein Testament anders nicht, als wiederum durch ein Testament aufgehoben werden konnte, dass ein wenngleich noch so deutlich in anderer Weise documentirter Wille nullius momenti war, ist dafür ausreichender Beweis. [76])

---

[76]) Vgl. Krüger, a. a. O. — Möglich ist es freilich auch, dass ein Recht den Inhalt der vorgeschriebenen Form nur dann zur Ausführung bringt, wenn nicht in irgend einer Weise das Fehlen des Willens bewiesen wird. Die Form hat dann nur noch eine negative Function. — Der Gesetzgeber sagt: Der Wille, welcher nicht in Testamentsform auftritt, ist für mich kein Wille; aber auch der Inhalt des Testaments gilt mir nicht als Wille des Testators, wenn mir nachgewiesen wird, dass er den Inhalt in Wahrheit nicht gewollt, oder bei seinem Tode nicht mehr gewollt. Dann gilt das Testament nur noch prima facie als Beweis des Willens. Die Form bildet dann nur neben der quaestio voluntatis einen Schutzwall gegen die Gefahr, dass einmal ein Nichtwille als Wille angesehen und zur Ausführung gebracht werden könnte. (Ein ähnliches Verhältniss, wie etwa das der von Justinian eingeführten Form der Weiber-Intercession zu den Bestimmungen des SCtum Velleianum.) Damit beschwört dieses System freilich die Gefahr herauf, dass viel öfter noch der dem Testamentsinhalt entsprechende vorhanden gewesene Wille als Nichtwille angesehen werden und unausgeführt bleiben kann. — Das entgegengesetzte, im Texte dargestellte System hat seine Hauptrichtung nicht dahin, einen Nichtwillen auszuschliessen — dies ist nur eine Reflexwirkung desselben —,

Für unsere Frage aber folgt aus dem das Testament beherrschenden Formalitätsprinzip, dass ein gegen den Testator verübter Zwang als ein ausserhalb des Formalitätsactes liegendes Ereigniss keine Beachtung finden darf; durch die Berücksichtigung des Zwanges würde ein dem Testamentsinhalt entgegengesetzter formloser Wille zur Geltung kommen. Dass der Prätor und kaiserliche Verordnungen Ausnahmen von dem strengen Formalitätsprinzip statuirt haben, berechtigt nicht, diese Ausnahmen zur Regel zu erweitern. Es giebt demnach keinen Rechtsgrund die volle und unanfechtbare Gültigkeit erzwungener Erbeinsetzungen für das römische Recht der Theorie nach zu bezweifeln.

Wem dies als Härte erscheint, der sei, abgesehen von dem oben über das Verhältniss von Vortheil und Gefahr des Formalitätsprinzips Gesagten, daran erinnert, dass bei jenem Prinzip noch andere Härten bestehen bleiben, deren Beseitigung, und zwar mit Recht, noch Niemand gefordert hat. Oder wird es nicht, von den Betheiligten zumal, als Härte empfunden werden, wenn der Erblasser auf dem Sterbebette noch die Absicht zu erkennen giebt, eine bestimmte Person zum Erben einzusetzen, oder sein früheres Testament durch ein zu Gunsten eines Anderen zu errichtendes aufzuheben, und er an Ausführung dieser Absicht durch den Tod gehindert wird?

---

sondern die Ausführung des Willens möglichst zu sichern, und diese Tendenz muss wohl ohne Zweifel als die des älteren römischen Rechts gelten. Nur allmählig und in bescheidenem Umfange wurden dem entgegengesetzten (Prohibitiv-) System Concessionen durch das prätorische und das kaiserliche Recht gemacht. Die sentimentalere Richtung unserer Zeit scheint freilich zu noch weiterer Abschwächung der Bedeutung der Form zu drängen; in dem Bestreben, jeder einzelnen Sache, jedem einzelnen Individuum gerecht zu werden, lockert sie vielfach die Garantien der Gerechtigkeit, welche gewisse strenge Rechtsinstitutionen für die überwiegende Masse der Fälle boten, und verlegt damit das materielle Unrecht, welches jede allgemeine Rechtsregel in einzelnen Fällen stets mit sich bringen kann, nur auf eine andere, vielleicht nicht immer die richtige Seite.

Aber das Unerträgliche der strengen Durchführung des Formalitätsprinzips in unserem Falle liegt gerade darin, dass der Zwingende die Frucht seiner verwerflichen Handlungsweise geniessen soll. Hiergegen soll nicht eingewendet werden, dass der Eingesetzte nicht nothwendig der Zwingende sein muss —: der Fall uneigennützigen Erzwingens einer Einsetzung zu Gunsten eines Anderen wird kaum jemals vorkommen; auch mag ausser Betracht bleiben, dass das erzwungene Testament ausser der abgedrungenen Erbeinsetzung andere Dispositionen, — Legate, Vormundschaftsbestellungen, enthalten kann, die bei angenommener Nichtigkeit oder sog. Anfechtbarkeit hinfällig werden müssten, obwohl für sie dem Testator volle Freiheit gelassen worden war. Aber ist es der aequitas minder widerstreitend, dass bei der dem Erblasser durch Dazwischentreten des Todes genommenen Möglichkeit, seiner Absicht gemäss zu testiren, Personen zur Erbschaft gelangen können, die sich derselben im höchsten Grade unwürdig gezeigt haben, ohne dass gerade einer der gesetzlichen Indignitätsfälle auf sie passte? Wie hier, so müssen wir auch beim erzwungenen Testament unsere sittliche Entrüstung unter der stricten Rechtsvorschrift beugen, und daran festhalten, dass die Wissenschaft nimmer berufen ist, die durch das positive Recht gesetzten Schranken zu überspringen.

Durch eine andere Erwägung wird aber die Härte, die wir theoretisch nicht beseitigen konnten, um ein gut Theil gemindert, ja auf einen verschwindend geringen Kreis von Fällen beschränkt.

Das Testament ist bei Lebzeiten des Testators frei widerruflich; so lange er lebt, ist das Testament ein juristisches Nichts.[77] Zu rechtlicher Bedeutung gelangt es erst in dem ersten Moment nach dessen Tode, und unter der Voraussetzung,

---

[77]) Vgl. Köppen in Jhering's Jahrb. f. Dogm. XI S. 221 (unten) ff.

dass er bis dahin nicht einem veränderten Willen in Testamentsform Ausdruck gegeben hat.[78] Die Eigenschaft der Widerruflichkeit und Wandelbarkeit kommt dem Willen des Testators also bei dessen Lebenszeit von Rechtswegen zu; unmöglich mithin, schon bei Errichtung des Testaments als Voraussetzung seiner künftigen Wirksamkeit von Rechtswegen einen festen, endgültigen Willen zu fordern. Wie es deshalb unerheblich ist, ob der Testator unmittelbar nach Beendigung der Testamentssolennität anderen Sinnes geworden, wenn er nicht ein neues Testament errichtet hat, so muss es auch bedeutungslos sein, wenn ihm vielleicht während des Actes schon, etwa während der Siegelung der Urkunde, die Verfügung leid geworden, und er die Vollendung der Solennität nicht gehindert hat, oder wenn er gar von vornherein schwankend, ob er dieses Testament gelten lassen werde, und unter dem bei sich gemachten Vorbehalte, demnächst auf Grund nochmaliger Erwägungen ein anderes Testament zu machen, dennoch vorläufig dieses Testament errichtet hat. Der Satz: ‚ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum'[79] beschränkt die Voraussetzungen der testamentarischen Erbfolge auf die Vornahme des solennen Testiractes durch ein testir- und willensfähiges, d. h. ein weder durch dauernde noch vorübergehende Zustände (wie Trunkenheit, Fieberzustand, Schlaftrunkenheit), des Bewusstseins beraubtes Subject, und Nichterrichtung eines anderen Testaments bis zum Tode.[80] Unterlassene Errichtung eines anderen Testaments gilt von Rechtswegen als Festhalten am früheren.

Alles dies ist auch auf das erzwungene Testament anzu-

---

[78] Die sonstigen Aufhebungsgründe des Testaments, deren Abwesenheit gleichfalls Voraussetzungen der Erbfolge aus dem Testament sind, habe ich der Kürze wegen ausser Acht gelassen.

[79] l. 4 de adim. et transf. leg. 34, 4 (Ulpian.).

[80] Vgl. Anm. 78.

wenden. Unterlässt der Testator nachträglich, das erzwungene Testament durch Errichtung eines anderen aufzuheben, macht er keinen Gebrauch von dem ihm schon von Rechtswegen zustehenden Mittel, der zukünftigen Wirksamkeit des ihm abgezwungenen Testaments durch Errichtung eines anderen entgegenzutreten, so muss man sagen, dass die ambulatoria voluntas im letzten Augenblicke seines Lebens dem Testamentsinhalt entsprechend gewesen, sich schliesslich zu demselben consolidirt habe: ‚voluntas, quae defecerat iudicio recenti rediisse intelligetur' (l. 11 § 2 de B. P. 37, 11. Papinian.).

Aber es kann dem Testator unmöglich gewesen sein, ein neues Testament zu errichten. Aus welchen Gründen? Entweder, weil derselbe, der ihn zur Errichtung gezwungen, ihn von der Errichtung eines neuen abgehalten hat. Hier greifen die Bestimmungen des corpus iuris ein, wonach dem, der gewaltsam oder durch List Jemand an der Errichtung eines Testaments gehindert hat, das ihm zufallende Erbtheil vom Fiscus entzogen wird.[81] Oder, weil er so kurz vor seinem Tode zur Errichtung des Testaments gezwungen ward, dass ihm keine Zeit zur Errichtung eines neuen Testaments blieb. Auch hier wird die Indignität des Zwingenden angenommen werden müssen. Denn wer die Zeit, Jemand zur Errichtung des Testaments zu zwingen, gerade so wählt, dass ihm zum Widerrufe durch ein neues keine Frist bleibt, hat ihn damit auch an der Errichtung eines anderen Testaments gehindert, hat ihn dazu gebracht, wider Willen, jene erzwungene Disposition bestehen zu lassen. Dieser Fall muss sogar als der allein praktische gelten. Was hätte Jemand damit erreicht, den Anderen zur Errichtung eines Testaments gezwungen zu haben, wenn dieser, sobald jener ihm den Rücken gewendet, ein neues Testament machen kann; er müsste denn beabsich-

---

[81]) Vgl. Windscheid, Pand. III § 548 Anm. 9. § 671[6].

tigen, dem Testator bis zu seinem, vielleicht nach Jahren eintretenden Lebensende nicht von der Seite zu gehen, oder ihn durch einen zu bestellenden Aufpasser zu verhindern, dass er nicht ein Mal in die Nähe von sieben zu Testamentszeugen tauglichen Männern gerathe, vor denen er neuerdings testiren könnte.

Uebrig bleiben nun allein die Fälle, dass der Zwang entweder von einem Anderen, als dem Eingesetzten, ausgegangen, oder, dass der Testator durch von dem Zwingenden nicht herbeigeführte Umstände an Errichtung eines neuen Testaments gehindert worden ist. Diese beiden, gewiss höchst seltenen Fälle würden also die einzigen sein, wo in der That ein Nichtwille wie ein wirklicher Wille des Erblassers aufrecht erhalten werden müsste.

Die Härte, welche durch die Annahme einer irgendwie zu construirenden Unwirksamkeit des Testaments beseitigt werden sollte, besteht demnach in der That fast nur in der Theorie; im Leben wird sie kaum je fühlbar werden, und die denkbaren Fälle erzwungener Testamentserrichtung erscheinen durch die, dann nicht analoge, sondern unmittelbare Anwendung findenden Bestimmungen, welche für die Verhinderung am Testiren gegeben sind, vollständig gedeckt.[82] Dass die durch das prä-

---

[82]) Aus der obigen Darstellung ergiebt sich zugleich, dass die Indignität, welche den an der Errichtung eines Testaments Hindernden trifft, nur dann eintreten kann, wenn die Hinderung eine wirksame, d. h. nicht blos für den Augenblick und für eine bestimmte Gelegenheit, sondern für die ganze Zeit, in der eine Testamentserrichtung dem Verstorbenen sonst noch möglich gewesen wäre, andauernde war. Auch hier würde das Unterlassen der Testamentserrichtung nach gehobenem Hinderniss den Willen des Erblassers bekunden, von einer solchen abzustehen und es also bei dem früheren Testament oder der Intestatfolge zu belassen. Den Versuch der Verhinderung — mehr würde bei der nur vorübergehend verursachten Hinderung nicht vorliegen, — mit Indignität zu bedrohen, kann nicht Absicht des Gesetzgebers gewesen sein; es hätte dann auch consequent schon gegen den fehlgeschlagenen Versuch der zeitweisen Verhinderung die An-

torische Recht und kaiserliche Verordnungen eingeführten vom strengen Formprinzip abweichenden Bestimmungen über Aufhebung der Testamente (durch Zerstörung der Testamentsurkunde, durch testamentum posterius imperfectum, durch blosse schriftliche Erklärung) auch auf erzwungene Testamente Anwendung finden müssen, ist völlig selbstverständlich.[83])

So glaube ich erwiesen zu haben, dass der Fall des erzwungenen Testaments weder praktisch noch wissenschaftlich ein besonderes Interesse darbieten konnte, dass die Compilatoren deshalb weder in den Schriften der Juristen, noch in den Constitutionen der Kaiser besondere auf ihn bezügliche Erörterungen und Bestimmungen gefunden haben werden, und dass sie durch die den oben erwähnten Titelrubriken gegebene Fassung nur andeuten wollten, dass sich der Fall des erzwungenen Testaments im Wesentlichen nur als eine Schattirung des Falles der Hinderung an der Testamentserrichtung darstelle.[84]) [84a]). —

---

drohung der Indignität sich richten müssen. Die ganze Bestimmung hat überhaupt gar nicht den Zweck der Strafe; es soll nur in einem Falle, wo offenkundig der Testamentsinhalt sich als nicht gewollt ergiebt, die Ausführung des Testaments, soweit jenes der Fall, unterbleiben; der dem Eingesetzten entzogene Vortheil fällt dem Fiscus zu, weil ein anderweitiger Wille des Testators in gesetzmässiger Form nicht vorliegt, die Voraussetzung der Intestaterbfolge aber ist: si intestato moritur. (Die gleichen Gesichtspunkte sind die massgebenden gewesen in l. 12 de his quae ut indignis 34, 9, c. 4 de his qu. ut ind. 6, 35.)

83) Bedenklich dagegen möchte es, trotz der gleichen ratio, sein, die ausdrücklich nur gegen den an der Errichtung eines Testamentes Hindernden gerichtete Indignitätsbestimmungen auch auf denjenigen zu erstrecken, der Jemand an dem formlosen Widerrufe eines früheren, zu seinen Gunsten errichteten Testaments gehindert hat. Der Ausdruck ‚testamentum mutare' in l. 1 pr. § 1 si qu. aliquem test. proh. 29, 6 lässt sich allerdings vielleicht auch auf diesen Fall beziehen.

84) In gleicher Weise erklärt es sich, dass in Nov. 115 c. 3 § 9 und c. 4 § 4 unter den Enterbungsgründen nur die Verhinderung an der Testamentserrichtung, nicht aber der Zwang zum Testiren aufgeführt wird.

84a) Inwieweit dem Zwange bei Erbverträgen rechtliche Bedeutung

Nach den vorstehenden Ausführungen kann das Testament weder unter die angebliche Regel, (sog. Anfechtbarkeit), noch unter die Ausnahmen (Nichtigkeit) des Civilrechts gestellt werden.

IV. Die Pollicitation.

Auch die Pollicitation wird unter die Ausnahmen gerechnet, bei denen schon nach Civilrecht ein stattgehabter Zwang Unwirksamkeit herbeiführen soll.[85] Soviel ich sehe, wird der Fall einer erzwungenen Pollicitation in den Quellen nirgends behandelt. L. 9 § 3 qu. m. c. spricht von einer für eine Pollicitation geleisteten Stipulation (cautio pollicitationis); von einer solchen gilt, wie von jeder anderen der Grundsatz, dass nach Civilrecht die promissio gültig, und dem Promittenten nur durch prätorische Rechtsmittel zu helfen ist. Für die blosse Pollicitation kann aber die Frage, ob sie nach Civilrecht gültig, nach prätorischem Rechte ungültig, oder ob sie schon nach Civilrecht ungültig gewesen, gar nicht entstehen, weil über die Ansprüche aus Pollicitationen nicht im ordo iudiciorum, sondern extra ordinem verfahren wurde[86], und überhaupt das ganze Institut mehr auf Seite des öffentlichen Rechts lag[87], in welchem eine dem Gegensatz von ius civile und honorarium entsprechende Duplicität nicht bestand. Dass der Prätor, wo er selbst cognoscirte, den Bestimmungen des Edicts analog

---

zukomme, wird hauptsächlich aus dem Umfange, in welchem bei diesem Institut das Formalitätsprinzip Platz gegriffen hat, zu beurtheilen sein; auf diese Untersuchung kann hier nicht eingegangen werden. Keiner Erwähnung bedarf es, dass die obigen Argumentationen aus der Widerruflichkeit des Testaments bei Erbverträgen nicht zutreffen.

85) Vgl. Brinz a. a. O. S. 1439. Czyhlarz a. a. O. S. 26.

86) l. 8. de pollicitatt. 50, 12.

87) Vgl. Vat. fr. 264a (Huschke) Pollicitatio donationis inter privatos vim obligationis non inducit.

verfahren, und auf Grund einer erzwungenen Pollicitation nicht verurtheilt haben werde, kann kaum bezweifelt werden. [87a]).

[87a]) Hierin sehe ich den entscheidenden Gesichtspunkt, nicht aber, wie Czyhlarz S. 26 ff. darin, weil die pollicitatio nur, wenn sie ob honorem stattgefunden oder coepto opere verbindlich wird. Es könnte ja der Pollicitant auch zur Annahme eines honor, und zum Beginn des opus gezwungen worden sein, so gut wie beim Kauf, zu dessen Begriff Versprechen von Preis und Waare gehört, dem gezwungenen Verkäufer der Preis gewaltsam aufgedrungen sein kann. (Der municeps durfte übrigens den ihm übertragenen honor nicht ablehnen. cf. Savigny, Syst. VIII S. 70. Marquardt-Mommsen, Handb. d. r. Alterth. IV. S. 510 ff.) L. 9 § 3 cit. beweist allerdings, wie ich Czyhlarz zugeben muss, nichts für die Ungültigkeit einer erzwungenen Pollicitation; aber nicht darum, weil sie von einer erzwungenen cautio pollicitationis spricht; denn könnte in der Stelle supponirt werden, dass der Stipulation eine verbindliche Pollicitation zu Grunde gelegen, so müsste man aus l. 9 § 3 cit. gerade um so sicherer auf die Unverbindlichkeit einer erzwungenen Pollicitation schliessen. Es darf indess hier in der That an eine schon für sich verpflichtend gewesene, der Stipulation vorangehende Pollicitation nicht gedacht werden. Der Prätor hilft nur dem, der durch den Zwang einen Schaden gehabt hat; natura metus causa actionis damnum exigit (l. 12 § 2 qu. m. c.); sie wird dem nicht gegeben, cui nihil abest (l. 14 pr. eod.). Daher steht sie weder demjenigen zur Seite, der vom Gläubiger zur Bezahlung einer begründeten Schuld, noch demjenigen, der von seinem, durch exceptio perpetua geschützten Schuldner zur Acceptilation gezwungen worden ist. (l. 12 § 2 l. 14 pr. citt.) Sicher war sie deshalb auch dem zu versagen, der zur Ausstellung eines Schuldscheines oder zur Leistung eines Stipulationsversprechens über eine begründete Schuld gezwungen war. Es beweist daher die in l. 9 § 3 cit. gewährte prätorische Hülfe, dass eine verpflichtende Pollicitation nicht vorangegangen war; (zunächst allerdings, dass die Campaner sich vor dem Prätor auf eine solche nicht excipiendo berufen hatten, ebendarum aber auch, dass sie nicht stattgefunden). Entweder hatte vorher nur ein einfaches Versprechen, nicht ob honorem, und ohne coeptum opus stattgefunden; oder man hat in dem Worte ‚pollicitationis' hier nur die Bezeichnung der Unentgeltlichkeit der Stipulation zu sehen, es also mit donationis gleichbedeutend zu nehmen. (Vgl. l. 1 § 5 l. 9. 13 § 1 de poll.) — Das in l. 12 § 2 l. 14 pr. citt. ausgesprochene Prinzip wird übrigens auch heut bei erzwungenen Zahlungen, Ausstellung von Quittungen und Schuldscheinen zur Anwendung zu bringen sein. Nur bei Ausstellung von Wechseln und anderen Ordrepapieren, und von Inhaberpapieren wird dem gezwungenen Schuldner gegen den Einwand, dass die Summe geschuldet sei, die Replik (im heutigen Sinne) freizulassen sein, dass er trotzdem einen Nachtheil erlitten, z. B. nach Be-

§ 7.

Abwesenheit von Zwang als civilrechtliche Voraussetzung der Rechtswirkung.

I. Die Ehe.

Nachdem im Vorangegangenen die Stipulation in allen ihren Anwendungen, und der Erbschaftserwerb durch cretio der Herrschaft des Satzes: »Abwesenheit von Zwang gehört nach Civilrecht nicht zu den Voraussetzungen der rechtlichen Wirkung« zurückvindicirt, und die Neutralität des Testaments und der Pollicitation zu erweisen versucht worden, sollen nunmehr diejenigen Fälle untersucht werden, für welche mit grösserer oder geringerer Bestimmtheit sich die civilrechtliche Geltung des Satzes: »Die Rechtswirkung des Geschäfts setzt Freiheit von Zwang voraus«, darthun lässt. Nach der Beschaffenheit unserer Quellen und dem gegenwärtigen Stand unserer Theorie ist die Betrachtung folgender Fälle geboten: I. der Ehe, II. der Manumission, III. der Tradition, IV. der pro herede gestio. V. der bonae fidei contractus. —

Hat das römische Civilrecht eine erzwungene Ehe als gültig behandelt? Die bejahende Antwort hierauf pflegt fast allgemein aus l. 22 de ritu nupt., 23, 2:

> Celsus l. XV. Dig. Si patre cogente ducit uxorem quam non duceret, si sui arbitrii esset, contraxit matrimonium, quod inter invitos non contrahitur: maluisse hoc videtur,

entnommen zu werden. Man findet in ihr nicht nur die An-

---

gebung des Wechsels die Möglichkeit verloren habe, mit dem Zwingenden zu compensiren. Inwieweit auch hier das Decretum D. Marci eingreifen würde, kann hier nicht untersucht werden.

wendung, sondern die ausdrückliche Bestätigung des Satzes ‚coactus voluit‘.[88])

Geben wir einen Moment die Möglichkeit der Beziehung jener Stelle auf eine durch Drohungen erzwungene Ehe zu, und versuchen wir, uns in die angebliche Denkweise der Römer in diesem Punkte hineinzuversetzen. Von dem abstracten Satze, dass, wer gezwungen handle, doch mit voller Freiheit des Willens handle, ausgehend, hätten sie die durch Bedrohung von Leben und Freiheit erzwungene Ehe für gültig erklärt. Bei dem erzwungenen Erbantritt folgt auf das ‚coactus volui‘ das tröstende: ‚sed restituendus sum‘[89]); bei allen anderen Geschäften wird dafür gesorgt, dass die unbequeme Consequenz des angeblichen Prinzips ‚coactus volui‘ alsbald durch Exceptionen und Actionen wieder gehoben werden könne. Nichts von solchen Heilmitteln findet sich bei der Ehe. Für die prätorische Thätigkeit war das rein eheliche Verhältniss ein verschlossenes Feld; die erzwungene Ehe musste also gültig bleiben; ihre einmal eingetretenen Wirkungen, soweit sie nicht vermögensrechtliche waren, konnten unmöglich nach rückwärts wieder beseitigt, die Thatsache, dass die in der Ehe concipirten Kinder eheliche wurden, nicht ungeschehen gemacht werden. Durch die zulässige Scheidung konnte Trennung der Ehe nur für die Zukunft, nicht aber mit Rückwirkung auf vorher begründete Familienverhältnisse bewirkt werden. Mithin völlige Irreparabilität der höchsten Familien- und sittlichen Interessen als Consequenz des Satzes ‚coactus volui‘, gegenüber vollständiger Reparationsfähigkeit niederer Vermögensinteressen! Ein erzwungenes Dotalversprechen sollte ungültig sein, weil es höherer Natur wäre, als gemeine Stipu-

---

[88]) Savigny, Syst. III S. 102 Anm. c. Vangerow, Lehrb. III § 605 Anm. 2. Bethmann-Hollweg, der röm. Civ. Proz. I S. 20 not. 4. Czyhlarz a. a. O. S. 15. Dagegen Brinz S. 1426. Kritz a. a. O. S. 46.

[89]) l. 21 § 5 qu. m. c. l. 85 de acqu. her.

lationen; die Ehe muss sich mit letzteren auf eine Stufe stellen. Freilich konnte bei der unbeschränkten Zulässigkeit der Ehescheidung der gezwungene Ehegatte eine Minute nach Eingehung die Ehe wieder auflösen, und durch den Bestand der Ehe auch nur für eine Minute müsste dem juristischen Verstande und der Logik Genüge geschehen sein. Wer es aber glauben wollte, dass die Römer sich auch nur in der Theorie einem abstracten Dogma zu Liebe solche Consequenzen hätten gefallen lassen, dass sie ihre Ehe zu praktischen Demonstrationen für Logik und Psychologie benutzt hätten, der würde sie damit für die unpraktischsten Consequenzmacher und Prinzipienreiter erklären.

Was die Römer nun bei einer durch confarreatio oder coemptio geschlossenen Ehe über einen dabei vorgefallenen iustus metus gedacht haben, — wenn er ihnen jemals vorgekommen ist, — darauf einzugehen, bietet unsere l. 22 de R. N. keine Veranlassung, da Celsus gewiss nur die zu seiner Zeit an Häufigkeit die formellen Eheschliessungsarten bei Weitem übertreffende freie Ehe im Sinne hatte.[90] Für die Existenz einer solchen war das einzige Kriterium das Vorhandensein des affectus maritalis. Auf dessen Bestehen gestatten blosse Worte noch keinen nothwendigen Schluss; er stellt sich nur dar in dem Dasein eines dem Wesen der Ehe entsprechenden Verhältnisses zwischen dem Manne und der Frau, er ist die Bethätigung des Willens, sich als Gatten, nicht zu nehmen, sondern zu haben. Hierbei wird gewissen Momenten, besonders ausdrücklichen Erklärungen eine hervorragende, keineswegs absolute Beweiskraft beizulegen sein; hiermit würde ihnen eine rein formelle Bedeutung gegeben werden, und gerade materielle Elemente sollen allein über die

---

[90]) Vgl. Glück's Comm. Bd. 24 S. 329 ff. Burchardi, Lehrb. des r. R. II § 106, 3.

Existenz der freien Ehe entscheiden.[91] — Dass nun aber ein stattgehabter Zwang (iustus metus etc.) mit dem affectus maritalis schlechthin unverträglich ist, und wenn ersterer erwiesen, der letztere trotz noch so bündiger Erklärung des Willens eine Ehe zu schliessen, nicht angenommen werden kann, wird nicht geleugnet werden können.[92]

Welches ist nun aber der wahre Sinn unseres Celsinischen Fragmentes?

Das Wort ‚cogere' heisst, wie schon oben erwähnt, nicht schon für sich allein »mit Gewalt, oder durch Drohungen zwingen«; vielmehr ist es synonym mit adigere, commovere, compellere, und bedeutet an sich nur: durch ein dringendes Motiv Jemand zu einer Handlung oder Unterlassung veranlassen. Dieses Motiv können ebensowohl Bitten, als wie Befehle, der Gebrauch der Jemandem gesetzlich oder auch nur thatsächlich beiwohnenden Autorität sein.[93] Welches das angewendete Bewegmittel gewesen, pflegt häufig dem cogere bei-

---

91) Vgl. l. 31 pr. de donatt. 39, 5: an autem maritalis honor et affectio pridem praecesserit, personis comparatis, vitae coniunctione considerata perpendendum esse respondi: neque enim tabulas facere matrimonium. cf. Vat. fr. 253a (Huschke). l. 3 § 1 l. 32 § 13 de don. i. v. 24, 1. l. 24 de R. N. 23, 2. l. 3. 4 de concub. 25, 7.

92) Dass das spätere Verhältniss den Charakter des affectus maritalis annehmen und auf eine vorhandene Ehe hindeuten kann, vermag natürlich das allgemeine Urtheil, dass erzwungenes Zusammenleben und affectio maritalis sich schlechthin ausschliessen nicht aufzuheben. Ueber einen Fall der ersteren Art vgl. Seuffert's Arch. XXIII 144.

93) Vgl. z. B. Horat. ep. I, 9, 2: rogat et prece cogit; Cic. de legg. 4, 8: ratione cogentis aut vetantis dei (id. 4, 9: quamobrem lex vera atque princeps apta ad iubendum et ad vetandum ratio est recta summi Jovis). Sueton. Tiber. 47: princeps neque spectacula omnino edidit, et iis quae ab aliquo ederentur, rarissime interfuit, ne quid exposceretur, utique postquam comoedum Actium coactus est mamumittere. Wer wird wohl dem Kaiser zu drohen gewagt haben? Unzähligemale bezeichnet cogere die Anwendung der amtlichen Autorität des Prätors (besonders im Tit. ad SCtum Trebell. 36, 1); von der Autorität des Gesetzes Gai.

gefügt zu werden, und so wird im corpus iuris selten die Hinzufügung von vi, metu, timore oder der speciellen Art des angedrohten Uebels unterlassen, wo es sich um Drohungen handelt. Fehlt es an der Angabe des angewendeten Motivs, dann sollte dasselbe entweder unbestimmt gelassen, oder es muss dem Zusammenhange entnommen werden.

In der unserer Stelle unmittelbar vorhergehenden l. 21 eod.[94]) hat man sich unzweifelhaft eine fremde Autorität als Ergänzung des cogere zu denken; nicht das Selbstverständliche und Ueberflüssige sollte hier gesagt werden, dass ein filiusfamilias nicht mit Gewalt und mit lebensgefährlichen Drohungen in eine Ehe hineingezwungen werden dürfe, sondern, dass er einem fremden Befehl, zu heirathen, nicht Folge zu leisten brauche; und ebenso bestimmt ist die Beziehung der Stelle auf die väterliche Autorität zu entnehmen; denn jedem Dritten gegenüber musste die Eigenschaft des zu einer Heirath zu Bestimmenden als filiusfamilias völlig unerheblich sein. In ganz gleichem Sinne steht das Wort cogere ferner in c. 12 de nupt. 5, 4:

> Diocl. et Maximian. Nec filium quidem familias ad uxorem ducendam cogi, legum disciplina permittit. Igitur sicut desideras, observatis iuris praeceptis, sociare coniugio tuo, quam volueris non impediris, ita tamen ut in contrahendis nuptiis patris tui consensus accedat.

Der Fall war offenbar dieser: ein Haussohn wollte dem Befehl seines Vaters, eine bestimmte Person zu heirathen, nicht nachkommen, da er eine andere Wahl getroffen hatte. Der Kaiser, an den er sich deshalb gewendet hat, bescheidet ihn dahin: er brauche in diesem Punkte seinem Vater nicht zu gehorchen,

---

IV 64: nam is (sc. argentarius) cogitur cum compensatione agere. 65: bonorum emptor cum compensatione agere iubetur. — l. 33 de neg. g. 3, 5. pietate cogente. l. 3 § 9 eod. affectione coactus.

94) Ter. Clem.: Non cogitur filiusfamilias uxorem ducere.

und dürfe seiner eigenen Wahl folgen, vorausgesetzt, dass er zu letzterer die väterliche Genehmigung erlange. [95])

Versteht man nun auch in unserer Stelle das cogere von dem Einwirken durch die väterliche Autorität, so ergiebt sich folgender einfache Inhalt: Ein Haussohn hat auf Befehl seines Vaters ein Weib heimgeführt, und es wurde an dem Vorhandensein des affectus maritalis, also einer Ehe, gezweifelt, weil man wusste, dass er sie ohne jenen Befehl nicht würde genommen haben. Celsus entscheidet nun: freilich beruht die Existenz einer Ehe auf dem Willen von Mann und Frau, in einer Ehe zu leben. Dieser Wille aber darf hier bei dem Manne gar nicht bezweifelt werden; er hat lieber eine Frau, die ihm nicht zusagte, heirathen, als seinem Vater den Gehorsam verweigern wollen.

Es fehlt somit an jedem Beweise für die Behauptung, dass eine erzwungene Ehe gültig gewesen sei, und wir werden darum nach der Bedeutung der affectio maritalis für die freie Ehe bei letzterer das Gegentheil annehmen müssen.

---

§ 8.

Fortsetzung.

II. Die Manumission.

Die Stellen, welche eine erzwungene Freilassung für unwirksam erklären, werden meist auf die prätorischen Manu-

---

95) Was in den oben citirten Stellen durch cogere, wird anderwärts durch iubere, imperare ausgedrückt; so z. B. l. 12 de his qui not. 3, 2. — Gellius II. 7. Von Letzterem wird die Frage, ob und inwieweit der Sohn dem Befehle seines Vaters, zu heirathen, gehorchen solle, bei Gelegenheit einer allgemeinen Erörterung über den Gehorsam der Kinder gegen die Väter behandelt, allerdings nicht vom juristischen, sondern vom moralischen Standpunkte; er verlangt vom Sohne unbedingten Gehorsam in diesem Punkte, ausser wenn die Frau eine infamis, propudiosa oder criminosa sei. Die Begründung ist ein Muster sophistischer Beweisführung.

missionsarten bezogen. Diese Beziehung ist ohne Weiteres zuzugeben bei Dosith. fr. § 7 und soll nicht bestritten werden bei l. 9 pr. qui et a quib. 40, 9. Dagegen fehlt es zu der gleichen Annahme bei l. 17 pr. eod.:

> Paulus. l. sing. de libertat.: Si privatus coactus a populo manumiserit, quamvis voluntatem accommodaverit, tamen non erit liber: nam et divus Marcus prohibuit ex acclamatione populi manumittere,

an jedem Grunde; der Zusammenhang der Stelle nöthigt vielmehr, dieselbe auf alle Arten der Manumission, auch auf civilrechtliche zu beziehen. Der Kaiser Marcus hatte, wie uns Paulus sagt, die Freilassung von Sclaven in Folge eines hierzu auffordernden Zurufes der Menge verboten, und in Anwendung dieser Verordnung erklärt der Jurist die Manumission, die Jemand coactus a populo vornimmt, für unwirksam. Dass nun der Kaiser sein Verbot gerade gegen die prätorischen Arten der Manumission, und nicht auch gegen die manumissio vindicta — an die manumissio censu und testamento wird hier freilich nicht gedacht werden können — gerichtet haben sollte, dafür ist ein Grund kaum denkbar. Die Stelle ist aber überhaupt unbrauchbar, um über die Wirkung des Zwanges bei irgend einer Manumissionsart aus ihr zu schliessen. Gleichviel, ob man sich unter dem cogere hier einen durch Drohungen geübten Zwang, oder nur ein Veranlassen schlechthin, ohne weitere Rücksicht auf die dazu gebrauchten Motive und Mittel denkt[96]), so nimmt doch Paulus offenbar, und zwar völlig sachgemäss an, dass ein cogere von Seiten der Menge sich stets in der Form einer acclamatio darstellen werde; hierin lag also für ihn das entscheidende Moment; das cogere kommt nicht in Rücksicht auf seine innere Natur, sondern nach seiner äusseren Form, vermöge deren es unter die kaiserliche Verord-

---

96) Vgl. oben S. 68.

nung fiel, in Betracht.[97]) Der Sinn der Stelle tritt vielleicht schärfer hervor, wenn man sich das ‚coactus a populo' durch ‚cogente populo' ersetzt denkt; folgende Paraphrase dürfte den Gedanken des Paulus wiedergeben: Die Menge hat Jemand durch acclamatio zu veranlassen gesucht, seinen Sclaven zu manumittiren, und er hat letzteres gethan; gleichviel nun, ob er aus freien Stücken dem Rufe Folge geleistet hat (quamvis voluntatem accommodaverit)[98]), oder widerstrebend und erst Angesichts einer drohenden Haltung, die die Menge seiner Weigerung gegenüber angenommen hat, zur Manumission schreitet, in jedem Falle wird nach der Verordnung des Kaisers der Sclave nicht frei. — Es ist hiernach auch nicht möglich, mit Savigny (Syst. III S. 103 Anm. d) aus unserer Stelle zu schliessen, dass eine erzwungene Manumission ohne das kaiserliche Verbot wirksam gewesen sein würde. Wir werden es deshalb, besonders mit Rücksicht auf l. 9 § 2 qu. m.

[97]) In einer durch Acclamation bewirkten Kundgebung seitens der Menge liegt nicht nothwendig ein Zwang im rechtlichen Sinne. Die einzige Befürchtung, die sich meist an die Nichterfüllung des Wunsches der Menge geknüpft haben wird, dürfte die Unpopularität bei der Menge gewesen sein; der kaiserlichen Verordnung wird deshalb wohl wesentlich die Absicht zu Grunde gelegen haben, den Bürger von der Rücksicht auf das zweifelhafte und doch von Vielen nicht gern verscherzte Gut der Popularität in einem den Geldbeutel so nahe berührenden Punkte unabhängig zu machen. Sich selbst mochte der Kaiser begreiflicherweise die Möglichkeit, den ihm durch Zuruf geäusserten Volkswünschen wirksam zu willfahren, nicht verschliessen; hieraus erklärt sich, dass Paulus sagt: Si privatus coactus etc. Ueber einen Fall einer manumissio ex acclamatione durch den Kaiser vgl. oben Anm. 93 die (auch von Kritz zur Erklärung obiger Stelle herbeigezogene) Stelle aus Sueton.

[98]) Czyhlarz a. a. O. S. 41 und Schulin a. a. O. S. 39 wollen auch in diesen Worten wiederum einen Beweis der Existenz des Willens trotz stattgehabten Zwanges, eine neue Bestätigung des Dogma's coactus voluit sehen. Wie stellt sich hierzu c. 6 de lib. caus. 7, 16 (Valerian. et Gall.) ‚Nec si volens scripsisses servum te esse, non liberum, praeiudicium iure tuo aliquod comparasses; quanto nunc magis, quum eam scripturam dare compulsum te esse testaris'?

c.[99]) als Regel ansehen müssen, dass die erzwungene Manumission nach Civilrecht den Sclaven freimachte, dagegen die prätorische Klage gegen den Zwingenden auf Ersatz des Schadens gewährt wurde; — eine unmittelbare Zurückführung des früheren Standes war hier nicht möglich.[100]) Indess darf man es einigermassen für wahrscheinlich halten, dass unter gewissen Voraussetzungen auch schon das Civilrecht bei Manumissionen dem Zwang eine ihre Wirkung hindernde Bedeutung werde beigelegt haben. Es lassen sich Fälle denken, in welchen auch die prätorische actio metus causa eine Reparation des Schadens nicht herbeizuführen vermag. Durch die Manumission wird ein Vermögensobject unwiederbringlich aus der Welt geschafft; von einer Wirkung der prätorischen Rechtsmittel in rem, welche ihnen sonst beiwohnt, kann deshalb hier keine Rede sein. Die actio metus causa kann gegen den Freigelassenen, der den Zwang nicht verschuldet, Nichts ausrichten; ebensowenig kann sie gegen den Erben des dritten Urhebers des Zwanges gerichtet werden, weil in Folge der Manumission Nichts in des Erben Vermögen gelangt ist, eine wesentliche Voraussetzung der Klage gegen ihn also fehlt.[101]) Sollte nun nicht mindestens da, wo, wenn nicht aus faktischen (z. B. Insolvenz des Zwingenden) so doch aus rechtlichen Gründen der Gezwungene einen durch prätorische Hülfe nicht reparirbaren Schaden erleiden würde, das Civilrecht in seiner späteren Entwicklung der Manumission die Wirkung unmittelbar versagt haben? Ich will mich hierfür auf Dosith. fr. § 11 und l. 4 qui et a quib. 40, 9 nicht berufen, weil es sich hier um

---

[99]) Ulpian. l. XI ad ed.: Idem Pomponius scribit quosdam bene putare, etiam servi manumissionem vel aedificii depositionem, quam quis coactus fecit, ad restitutionem huius edicti porrigendum esse.

[100]) Vgl. l. 7 pr. l. 24 de dolo 4, 3. l. 9 § 6. l. 10 de minor. 4, 4. l. 26 de inoff. test. 5, 2. c. 1, 2. 3 si adv. lib. 2, 31. c. 2 de fideicom. lib. 7, 4.

[101]) Vgl. l. 16 § 2. l. 17. 19. 20. qu. m. c.

den Schutz dinglicher Rechte an dem manumittirten Sclaven handelt. Dagegen möchte ein Schluss aus l. 2 quib. ad lib. procl. 40, 13 gestattet sein:

Marcell. l. XXIV Dig.: Servum quis per vim a Titio accepit et testamento liberum esse iussit: quamquam solvendo decesserit, non erit ille liber: alioquin fraudabitur Titius, qui non procedente quidem libertate cum herede eius agere potest, at si ad libertatem servus pervenerit, nullam actionem habiturus est, quia nihil videbitur heres ex dolo defuncti consecutus.[102]

---

[102]) Czyhlarz (a. a. O. S. 41 Anm. 78) sagt, Marcellus behandle in dieser Stelle die Freilassung als in fraudem creditoris geschehen; allein von einer manumissio in fraudem creditoris kann doch nur bei Insolvenz des Manumittenten die Rede sein, und der Jurist hält seine Entscheidung ausdrücklich auch für den entgegengesetzten Fall aufrecht (quamquam solvendo decesserit.). Dass ferner Marcellus die actio metus causa als eine gegen den Freigelassenen zulässige nicht erwähnt, was Czyhlarz hervorhebt, ist nichts Bemerkenswerthes; das Gegentheil hätte auffallen müssen. Denn die actio metus causa gegen den am Zwange unschuldigen Dritten hat die Grenze ihrer Wirksamkeit an dem quantum ad eum pervenit (l. 19 § 3, 5 qu. m. c.). In der erlangten Freiheit ist aber dem manumissus ein Vermögensvortheil nicht zugekommen; der dominus hat einen Sclaven, also einen Vermögenswerth verloren, der manumissus ihn nicht gewonnen: denn libertas inaestimabilis res est (cf. l. 3 si quadrupes 9, 1 l. 1 § 5 l. 7 in f. de his qui effud. 9, 3. l. 2 § 2 de leg. Rhod. 14, 2. l. 103 de O. et A. 44, 7. l. 106 de R. J. 50, 17. Ulpian. fr. II, 11. Gai. II, 265). Ein Anspruch gegen den manumissus hätte daher nur extraordinär gegeben werden können, ähnlich wie in l. 26 de inoff. test. 5, 2 und c. 2 de fideicomm. lib. 7, 4. — Ein besonderes Interesse bietet l. 2 D. 40, 13 aber, abgesehen von der im Texte berührten, noch in anderer Beziehung. Wer nur das nudum ius Quiritium an dem Sclaven hat, kann denselben bekanntlich nicht wirksam manumittiren (vgl. Göschen in der Zsch. f. gesch. Rechtswissensch. III S. 246 ff. Huschke, Studien des r. R. I S. 209 ff. Puchta, Curs. der Inst. II § 213, 2). Worin liegt der Grund hierfür? Huschke a. a. O. findet ihn in einem Grundsatz des römischen Rechts, wonach ein materielles Recht nur wiederum von demjenigen, welchem derselbe, sei es in derselben Form, oder als ein in einem anderen Rechte enthaltenes, zustehe, übertragen werden könne,

Die Stelle behandelt die Frage, ob die testamentarische, also civilrechtliche Freilassung eines Sclaven gültig sei, dessen Mancipation der Erblasser vom dominus erzwungen hatte. Marcellus verneint dies, weil der Erbe des Testators aus der widerrechtlichen Handlung des Letzteren nichts erlangt habe, mithin bei eintretender Freiheit des manumissus dem Gezwungenen auf keine Weise geholfen werden könnte. Die Stelle handelt also zwar nicht von einer erzwungenen civilrechtlichen Manumission, aber doch von der Ungültigkeit einer solchen mit Rücksicht auf einen gegen den früheren vollen Eigenthümer verübten Zwang, und mit der Tendenz diesen gegen

---

nicht aber von demjenigen, dessen Recht nur ein formelles sei. Wie jedoch der Gegensatz von formellem und materiellem Eigenthum nur aus dem successiven Sichgegenübertreten von civilem und prätorischem Recht in historischer Folge zu erklären ist, nicht aber auf eine aprioristische und systematische Reflexion oder auf einen ursprünglichen gesetzgeberischen Plan der Römer zurückgeführt werden kann, so scheinen mir auch die einzelnen Consequenzen aus jenen Begriffen nicht aus einem allgemeinen Rechtsgedanken begriffen werden zu dürfen, und die l. 2 cit. macht es mir wahrscheinlich, dass sich die römische Jurisprudenz in der Frage nach der Wirkung der Manumission durch den, der nur nudum ius Quiritium hatte, lediglich durch praktische Erwägungen habe leiten lassen. Der gezwungene Mancipant behielt, wie l. 9 § 6 qu. m. c. und indirect auch Paul. R. S. I, 7, 6 ergeben, das bonitarische Eigenthum an dem Sclaven; dieser verblieb mithin in seiner potestas, während der Erwerber nur nudum ius Quiritium erlangte (cf. Gai. I 54). Trotzdem beschäftigt sich Marcellus mit der Frage nach der Wirksamkeit der Freilassung durch den blos quiritischen Eigenthümer, und verneint sie allein aus dem Grunde, weil sonst der Gezwungene hülflos bleiben müsste. Hätte der Satz, dass das nudum ius Quiritium zu wirksamer Manumission nicht berechtige, auf einem systematisch feststehenden Grundsatz beruht, so konnte Marcell derartige Utilitätsgründe schwerlich anführen, die es in hohem Grade zweifelhaft machen, ob er nicht, wo auch nach der Freilassung die actio metus causa begründet war (wenn z. B. der Zwingende nicht testamento, sondern vindicta manumittirte), den Sclaven hätte frei werden lassen. Der einzige Einwand gegen derartigen Zweifel könnte nur aus der erfahrungsmässigen Gefährlichkeit des argumentum a contrario in Bezug auf Deductionen der römischen Juristen entnommen werden.

die Folgen des Zwanges zu schützen. Der Schluss liegt nicht fern, dass auch eine dem dominus selbst abgezwungene Manumission unter Voraussetzungen, welche die Entstehung einer wirksamen actio metus causa hinderten (z. B. wenn der Zwang von einem furiosus ausgegangen war), nach Civilrecht ungültig gewesen sein möchte.

---

§ 9.

Fortsetzung.

III. Die Tradition.

Dass eine erzwungene Mancipation nach Civilrecht gültig war, ergiebt sich aus l. 9 § 6 qu. m. c., wo dem Gezwungenen nach der Veräusserung nur noch bonitarisches Eigenthum zugeschrieben wird; ebenso darf die im vorigen Paragraph besprochene l. 2 quib. ad lib. 40, 13 als Beweis hierfür gelten. Der Erwerber erlangte also quiritisches Eigenthum, welches freilich wegen des bei dem Mancipanten verbleibenden bonitarischen Eigenthums nur nudum ius Quiritium war. Ob nun aber bei res nec mancipi die erzwungene Tradition civiles Eigenthum übertragen habe, lässt sich direct aus den Quellen nicht erweisen.[103] L. 9 §§ 4 und 6 h. t. unterscheiden zwar nicht zwischen res mancipi und nec mancipi, trotzdem bleibt es möglich, dass Ulpian nur an res mancipi gedacht hat. In l. 9 § 5 h. t. wird zwar von einer res per vim tradita gesprochen, und dabei die Zulässigkeit der actio metus causa vorausgesetzt. Abgesehen davon aber, dass nicht sicher ist, ob nicht Ulpian

---

[103]) Vgl. über die Tradition von res nec mancipi: Schilling, Lehrb. d. Inst. II § 151. Leist, Bonorum possessio I S. 253 ff. Huschke, Gaius S. 33.

mancipata statt tradita geschrieben, so ist doch von der Gewährung der a. metus c., auf einen geschehenen Eigenthumsübergang keineswegs mit Sicherheit zu schliessen, da die a. metus c., obwohl zunächst zur Wiederaufhebung ipso iure eingetretenen Eigenthumsverlustes eingeführt, doch der Fassung der Formula nach auch auf den verlorenen Besitz Anwendung finden konnte.[104]) Paulus R. S. I, 7 spricht nur von erzwungenen Mancipationen; nur in § 9 sagt er:

Qui quem ferro vinxit, ut sibi aliquid traderet vel venderet, vim intulisse videtur,

woraus indess gleichfalls nicht mehr als die Zulässigkeit der a. metus causa zu folgern ist.

Dass sich das Rechtsgefühl dagegen sträubt, den als Eigenthümer anzuerkennen, der die Hingabe einer Sache durch Bedrohung von Leib und Leben des Anderen erzwungen hat, dass der Räuber besser noch als der Dieb gestellt werden soll, dass es ein merkwürdiger Widerspruch wäre, wollte man dem, der eine Zahlung durch Drohung widerrechtlich erzwingt, Eigenthum an dem Empfangenen zuschreiben, während derjenige, der eine nichtgeschuldete Summe wissentlich von dem Zahlenden annimmt, bekanntlich kein Eigenthum erwirbt, — Alles dies soll hier gegen die Lehre, dass auch die erzwungene Tradition Eigenthum gebe[105]), nicht geltend gemacht werden. Es soll hier die Unhaltbarkeit dieser Lehre nur aus dem Wesen der Tradition gefolgert werden. Die Uebergabe einer Sache ist für sich allein ein völlig farbloses, der verschiedenartigsten Deutung fähiges Factum, dessen rechtlicher Charakter erst aus der Umgebung, in welcher es auftritt, geschlossen werden

---

[104]) In l. 9 pr. l. 21 § 2 h. t. kommt die a. metus causa als zur Wiedererlangung des nur verlorenen Besitzes gegebene vor. Vgl. zu letzterer Stelle Bruns, die Besitzklagen des röm. u. heutigen Rechts S. 190.

[105]) Vgl. Exner, die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition S. 254 ff.

kann; erst durch die Richtung des ihr zu Grunde liegenden animus wird die Besitzübergabe juristisch differenzirt.[106]) Liegt nun zwar auf Seite des Zwingenden die Absicht vor, das Eigenthum der Sache zu erlangen, auf Seite des Gezwungenen aber nichts Anderes, als die nackte Hingabe, so kommt man hier selbst mit Hülfe des Satzes ‚coactus voluit' nicht weiter, als zu dem Schlusse, dass der Gezwungene den Besitz habe übertragen wollen; aber selbst wenn er gezwungen eine Erklärung, das Eigenthum übertragen zu wollen, abgegeben haben sollte, so wird er sich auf die mangelnde Ernstlichkeit dieser Erklärung berufen dürfen, und es wird die stattgehabte schwere Bedrohung, wenn die Erklärung unter ihrem Einflusse erfolgte, in gleicher Weise, wie in anderen Fällen Scherz und Irrthum, als ein den animus dominii transferendi ausschliessendes Moment betrachtet werden müssen. Das gesprochene oder geschriebene Wort hat von Natur vor allen anderen Momenten, welche auf die innere Willensbeschaffenheit einen Schluss gestatten, juristisch nicht das Mindeste voraus. Wie sie, ist es nur Beweisgrund für die Existenz des Willens, und wirkt Beweis nur so lange, als ihm durch andere Umstände die Beweiskraft nicht genommen ist. Das Wort ist concludentes Factum, wie alle anderen Facta, welche im Gegensatz zu ihm κατ' ἐξοχήν mit jenem Namen belegt zu werden pflegen. Nur den thatsächlichen Vorzug hat es vor anderen Umständen voraus, dass es in den meisten Fällen leichter und sicherer, als jene die Ueberzeugung von dem Vorhandensein eines bestimmten Willens zu erwecken vermag. Die juristische Bedeutung des Wortes kann künstlich über seine natürliche Bedeutung

---

106) Vgl. l. 55 de O. et A. 44, 7 (Javolen). In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium. Scheurl, Beiträge z. Bearb. d. r. R. I S. 190. Goldschmidt, Handb. des Handelsr. S. 808. Exner a. a. O. S. 322. Fitting im Arch. f. civ. Praxis Bd. 52 S. 410.

hinausgeschraubt werden; das Recht kann (wie wir dies beim Testament oben gesehen) das Wort gleichsam zu einer Function des Willens machen, so dass es statt des letzteren in die Rechnung eingeführt, der Inhalt des Wortes schlechthin für den Willen genommen wird. Allein nur das positive Recht hat die Kraft dies zu bewirken, und es ist dies ferner nur dadurch möglich, dass das flüchtige Wort in die festen Schranken bestimmter Solennitäten gebannt wird. Dass aber im römischen oder heutigen Rechte der formale Charakter dem gesprochenen Worte allgemein schon an sich beiwohne, und überall das irgend wie gesprochene Wort selbstständig heraustretend aus seiner thatsächlichen Umgebung rechtliche Kraft besitze, wird ebensowenig behauptet werden können, wie, dass die den Traditionsact begleitende Rede jenen Charakter habe.[107]

---

[107]) Zu nahe an die Anerkennung einer juristisch höheren Bedeutung des Wortes scheint mir die Darstellung von Savigny, Syst. III S. 258 f. zu streifen. — Der Bemerkung von Regelsberger (die Vorverhandlungen bei Verträgen S. 3), dass nur der geäusserte Wille rechtliches Dasein habe, ist m. E. zuzustimmen; indess ist es wohl wesenlos, wie Regelsberger thut, die Aeusserung, nicht um der Erweislichkeit willen (wie Dahn, Zsch. f. d. ges. Handelsr. IX S. 508), sondern allein zur Vollendung des Willensactes für erforderlich zu achten. Beides scheint mir nämlich zusammenzufallen. So lange der Wille im Inneren des Subjects ruht, ist er diesem selbst in Wahrheit noch ein Geheimniss; erst die That vermag uns selbst den Grad der Energie, mit welcher wir gewollt, zu offenbaren. Bis er zur That geworden, ist der Wille schwankend, ambulatoria est voluntas. Zur That aber wird er erst in dem Momente, wo er rechtliche Wirkungen äussert; dies vermag er aber nur, wenn er an die Aussenwelt getreten ist, weil das Recht an Momente, die sich der Kenntnissnahme schlechthin entziehen, unmöglich Wirkungen knüpfen kann. Dem Rechte gilt daher nur der geäusserte Wille als existent, weil nur der geäusserte Wille erweislich ist; an die Aeusserung durch Worte oder Handlungen knüpfen sich also Existenz und Erweislichkeit. Die Möglichkeit eines Haupteides über einen nicht geäusserten Willen ist nach dem Vorstehenden von selbst ausgeschlossen. Wo es sich darum handelt, aus dem Moment der Beweisbarkeit materielle Folgerungen zu ziehen, kann der Eid nicht in Rechnung gezogen werden, weil er nur formales

Und hieraus ergiebt sich die Nothwendigkeit, den Zwang als ein für die Beurtheilung des animus erhebliches Moment in Berücksichtigung zu ziehen, beim Vorhandensein gehörig qualifizirter Drohung also den animus dominii transferendi für ausgeschlossen zu erachten.

Zu dem Resultate, dass erzwungene Tradition Eigenthum nicht gebe, muss man übrigens für das justinianische Recht auch gelangen, wenn man für das classische römische Recht die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt. Es müsste dann nämlich auf Grund von l. 9 § 6 h. t. [108]) dem Tradenten auch nach der Tradition noch das in bonis esse, dem Erwerber aber nur nudum ius Quiritium zugeschrieben werden: ein Unterschied, der unter Justinian alle Bedeutung verloren, und in der Steigerung des bonitarischen Eigenthums zum vollen und gesetzlichen Eigenthum (sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus) geendet hat. [109])

IV. Die pro herede gestio.

Aus l. 21 § 5 qu. m. c. und l. 85 de acqu. her. 29, 5 ist mit voller Bestimmtheit zu entnehmen, dass beim Erbschaftsantritt der Zwang nach Civilrecht unerheblich ist. Dies muss indess eine erhebliche Einschränkung erleiden; es kann unmöglich auf die pro here gestio angewendet werden. Für diese ist schon nach Civilrecht wesentliche Voraussetzung der Wirksamkeit das Vorhandensein des Willens, Erbe zu sein.

l. 20 pr. de acqu. her. Ulpian. l. LXI ad ed.

Pro herede gerere videtur is, qui aliquid facit, quasi heres, et generaliter Julianus scribit, eum demum pro herede

---

Beweismittel ist, nicht wie die anderen aus der Ueberzeugung, die sie beim Richter erwecken, ihre Kraft schöpfen.

[108]) Ulpian l. XI ad ed. Licet tamen in rem actionem dandam existimemus, quia res in bonis est eius qui vim passus est etc.

[109]) c. un. de nud. iure Qu. toll. 7, 25. Vgl. Puchta, Curs. der Instit. (4. Aufl.) S. 634 (§ 236).

gerere, qui aliquid quasi heres gerit: pro herede autem gerere non esse facti, quam animi: nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres.

cf. l. 20 § 1 l. 21 eod.

Die eine pro herede gestio darstellende Handlung lässt zunächst nur auf den Willen, diese Handlung vorzunehmen, schliessen; um als pro herede gestio zu gelten, muss sie weiter auch einen Schluss auf das Vorhandensein des Willens gestatten, sich durch die Handlung zum Herrn der Erbschaft zu machen.. Aber selbst an der Hand des Dogmas ‚coactus voluit' wird man nicht weiter, als zu dem Schlusse kommen, dass der Delat, der gezwungen den Erblasser beerdigen liess, den Erbschaftssclaven Nahrung gewährte, erbschaftliche Klagen anstellte, alle diese Handlungen hat vornehmen wollen; nimmermehr kann man den weiteren Schluss darauf stützen, er habe durch jene Handlungen die Absicht, Erbe zu sein, an den Tag legen wollen. Der Satz, dass der gezwungen Antretende Erbe werde, muss deshalb auf den Erwerb durch cretio beschränkt werden.[110])

---

§ 10.

V. Die bonae fidei negotia. — Resultat.

In den bonae fidei iudicia entscheidet die freie richterliche Ueberzeugung, und hieraus folgt, dass für sie das Civilrecht (in dem hier überall festgehaltenen Sinne)[111]) alle diejenigen

[110]) Hierbei gehe ich von der Ansicht aus, dass auch noch im Zeitalter der classischen Juristen cretio und pro herede gestio die einzigen Arten des Erbschaftserwerbes gewesen sind. Den, auch für die weiter unten zu gebende Interpretation und Kritik der l. 21 § 5 qu. m. c. erheblichen Beweis dieser Behauptung vgl. in der Beilage I.

[111]) Vgl. oben S. 31.

Grundsätze sanctionirt und in sich aufgenommen hat, deren Anwendung im strictum iudicium nur durch Vermittlung des Prätors in Form der exceptio möglich war. Mag immerhin der Prätor es gewesen sein, der jene Grundsätze durch seine Jurisdiction und im Edict zuerst zur Geltung gebracht hatte: mit der Ermächtigung des Richters, sie kraft seines Officium anzuwenden, waren sie für die bonae fidei negotia als Bestandtheile des Civilrechts anerkannt. Damit war der Richter aber auch befugt, einen stattgehabten Zwang ohne Weiteres zu berücksichtigen, und nach Befinden das erzwungene Geschäft als ungültig zu behandeln. Man darf mithin sagen, dass bei den bonae fidei negotia schon das Civilrecht Abwesenheit von Zwang als Voraussetzung der rechtlichen Wirkung aufstellt. Die Frage, ob erzwungene bonae fidei Contracte anfechtbar gewesen seien (wenn man diesen Namen für die vom Prätor vermittelte Unwirksamkeit beibehalten will) kann gar nicht aufgeworfen werden; denn die bonae fidei iudicia bilden ein neutrales Gebiet auf welchem der Gegensatz von ius civile und ius honorarium zum Schweigen gekommen ist.

Dass ein erzwungener bonae fidei contractus eine actio gar nicht erzeugte, lässt uns c. 5 de inutil. stip. 8, 39 mit Sicherheit entnehmen:

> Diocl. et Maximian. Dolo vel metu adhibito actio quidem nascitur, si subdita stipulatio sit; per doli tamen vel metus exceptionem submoveri petitio debet.

Es kann zur Beurtheilung hier nur ein Geschäft vorgelegen haben, welches vom Zwang abgesehen, auch ohne hinzugefügte Stipulationsclausel gültig gewesen wäre; sonst hätte der Kaiser gewiss nicht unerwähnt gelassen, dass bei dem Mangel der Stipulationsclausel der Vertrag auch ohne Rücksicht auf den stattgehabten Zwang ungültig sei. Es kann also sich nur um einen bonae fidei Contract oder einen Innominatcontract gehandelt haben, und wenn letzteres, so muss

das argumentum a contrario aus der Stelle um so sicherer für bonae fidei negotia beweisen.

Dass unter Umständen auch bei b. f. iudicia Exceptionen vom Prätor in die Formel inserirt werden konnten, kann der vorstehenden Auffassung der Sache nicht entgegenstehen. Dies wird gewiss nur dann vorgekommen sein, wenn es galt, dem Richter die Berücksichtigung eines nach den bisher geltenden Rechtsanschauungen nicht für erheblich erachteten Umstandes zu nöthigen, nicht aber wenn Umstände in Frage waren, die, wie Betrug und Zwang längst als rechtlich erheblich anerkannt waren.[112]

Das Prinzip der bona fides gestattete nun aber ohne Zweifel die Berücksichtigung des Zwanges ganz in derselben Ausdehnung, wie sie im strictum iudicium seitens des Prätors stattfand, also ohne Rücksicht, ob der andere Contrahent selbst, oder ohne sein Wissen ein Dritter Urheber des Zwanges war. Czyhlarz[113] verneint zwar für den letzteren Fall die Möglich-

---

112) Im strictum iudicium kann man die exceptio als Erweiterung der Befugnisse des Richters ansehen, indem sie ihn zur Berücksichtigung civilrechtlich unerheblicher Momente ermächtigen; im b. f. iudicium war sie eher eine Beschränkung seines Ermessens, denn sie nöthigte ihn zur Berücksichtigung von Umständen, welche er sonst nach eigenem Befinden für erheblich oder unerheblich hätte erachten können.

113) a. a. O. S. 6 ff. Czyhlarz sucht auszuführen, dass im b. f. iudicium das Prinzip der bona fides erst eingreife, wenn das Vorhandensein eines juristisch bedeutsamen Geschäfts feststehe, und dass nach der bona fides nur das quidquid ob eam rem N^m^ N^m^ A^o^ A^o^ dare facere oportet zu beurtheilen sei; für erstere Frage komme der Unterschied von b. f. und stricti iuris negotia gar nicht in Betracht, vielmehr entscheide der allgemeine für Rechtsgeschäfte überhaupt massgebende Grundsatz, wonach Zwang die Existenz des Willens nicht ausschliesse. Die Frage, ob ein gültiges Geschäft vorhanden sei, lässt sich aber von der Feststellung des quidquid dare facere oportet gar nicht trennen. Wer ermächtigt ist, zu condemniren zu dem q. d. f. o., darf auch absolviren, wenn er das quidquid gleich Null findet, und wenn er über das quidquid, ex fide bona zu urtheilen hat, so bildet also die bona fides in der That das Entscheidungsprinzip

keit der Berücksichtigung des Zwanges officio iudicis, weil auf Seite des am Zwange unschuldigen Contrahenten ein dolus nicht vorliege, der Satz: ‚doli exceptio bonae fidei iudicio inest‘ mithin hier keine Anwendung haben könne. Der Mangel des dolus bei dem Contrahenten darf ihm ohne Weiteres zugegeben werden; es kann hierauf indess nicht ankommen. Denn die bona fides hat die gesammte Beurtheilung zu beherrschen; sie entscheidet nicht allein, ob der Kläger gegen Treu und Glauben verstösst, wenn er den eingeklagten Anspruch geltend macht; vor allen Dingen ist zu fragen, ob der Beklagte die bona fides verletzt, wenn er die Erfüllung des an ihn gestellten Anspruches von sich abweist. Eben darin liegt der wesentliche Unterschied zwischen dem strictum ius und der bona fides als Rechtsprinzip, dass ersteres das Entstehen und Vergehen von Ansprüchen an fest bestimmte, objective Voraussetzungen knüpft, denen der Richter Nichts geben, Nichts nehmen kann; der Richter hat hier nicht nach seiner inneren rechtlichen Ueberzeugung zu urtheilen, nicht das Recht aus sich selbst zu

---

nicht blos über das Wieviel? sondern auch über das Ob? des Schuldig, oder, was dasselbe sagt, über die Existenz eines gültigen Geschäfts. Der Deduction von Czyhlarz liegt ferner, wie es scheint, die Vorstellung zu Grunde, als würden dem iudex in der Formel zwei völlig zu trennende Aufträge ertheilt; der eine, in der Demonstratio enthalten, festzustellen, ob das Geschäft gültig zu Stande gekommen (ob A^s A^s N^o N^o illam rem vendidit u. s. w.), und dann zu urtheilen, was der Beklagte schuldet. Nun bezweckt aber die Demonstratio keineswegs, die thatsächliche Unterlage für das Urtheil des iudex erschöpfend zu fixiren; sie will vielmehr nur ganz allgemein, die Angelegenheit bezeichnen, in Beziehung auf welche der Rechtsstreit stattfindet. Vgl. Keller, Civilproz. § 39, Eisele a. a. O. S. 14 f., Zimmermann a. a. O. S. 10. Die Demonstratio enthält eben keineswegs ein Relevanzdecret, welches durch das Endurtheil purificirt wurde. Die Condemnation gründet sich oft auf Thatsachen, welche in der Demonstratio gar keinen Platz finden, z. B. bei Entschädigungsansprüchen bei b. f. Contracten; oft wiederum muss der iudex condemniren, auch wenn ein gültiger Vertrag nicht vorliegt. (Vgl. § 5. I. de emt. et vend. 3, 23. l. 62 § 1 de contr. emt. 18, 1. l. 7, 8, 9. de her. et a. vend. 18, 4.

schöpfen; das Recht steht ihm in fester Gestalt gegenüber; er hat nur die Thatsachen, die ihm vorgeführt werden, an dem festen Masse des strictum ius zu messen; — die bona fides entbehrt solcher Objectivität; mag auch sie durch die Dauer ihrer Herrschaft und in Folge der systematisirenden und klärenden Thätigkeit der Jurisprudenz allmählig einen Niederschlag von greifbaren Rechtssätzen und Regeln gebildet haben, so waren diese doch nicht soweit für den Richter bindend, dass er nicht im concreten Falle aus innerer Rechtsüberzeugung hätte abweichen dürfen. Im strictum iudicium konnte dem Walten der richterlichen Ueberzeugung der Regel nach nur indirect durch Einrückung der exceptio doli Raum gewährt werden; auch dann konnte sie hier nur negativ durch Ausschliessung der durch das strictum ius gebotenen Rechtsfolge wirken; im b. f. iudicium hat der Richter von vornherein alle ihm vorgelegten Thatsachen gleichsam in einen Brennpunkt zu sammeln, um aus dem so gewonnenen Bilde die Eine Frage: schuldig oder nicht? zu beantworten. Hieraus ergiebt sich aber, dass die Bedeutung der bona fides als Entscheidungsprinzips für die b. f. iudicia in der römischen Rechtsparömie ‚doli exceptio inest bonae fidei iudicio‘[114]) nur einen einseitigen Ausdruck findet. Denn sowenig eine stricti iuris actio durch Einfügung der doli exceptio in die Formel in eine actio bonae fidei umgewandelt wird, vielmehr die bona fides dadurch »eine blos negative Kraft, eine Art Veto erhält, sodass die Klage durch sie fallen, aber nicht stehen kann« (Keller)[115]), so wenig wird man zugeben können, dass jener auf einer nur einseitigen Vergleichung der actio bonae fidei mit der actio stricti iuris beruhende Satz der positiven Kraft, welche

---

114) cf. l. 21 sol. matr. 24, 3. l. 84 § 5 de legat. I. l. 7 § 5, 6 de pact. 2, 14.

115) Vgl. Keller in der Zsch. f. gesch. Rechtswissensch. XII S. 400 ff. Huschke in der Giesser Zsch. N. F. II S. 198 ff. und dess. Gaius S. 227 ff.

der bona fides im bonae fidei iudicium zukommt, gerecht werde. — Erkennt man diese positive Bedeutung der bona fides an, und stellt man demnach die Frage: darf der Gezwungene, gleichviel wer ihn gezwungen, ohne Verletzung von Treu und Glauben die Erfüllung des gegen ihn aus dem erzwungenen Geschäft erhobenen Anspruchs ablehnen? so wird man m. E. dieselbe aus voller Ueberzeugung bejahen müssen. Man wird vom Gezwungenen Aehnliches sagen dürfen, wie Seneca (de benef. IV 36 in f.) vom Irrenden sagt: ‚Demens est, qui fidem praestat errori.' ‚Iam illis promissis standum non esse, heisst es bei Cicero (off. I, 10, 33), quis non videt, quae coactus quis metu, quae deceptus dolo promiserit?'

Der Satz, doli exceptio inest bonae fidei iudicio' bildet den wesentlichen Stützpunkt der oben erwähnten Deduction von Czyhlarz gegen die Ipso-iure-Wirkung des von einem Dritten verübten Zwangs. Aber selbst wenn man mit ihm hierin das ganze Wesen des b. f. iudicium ausgedrückt finden wollte, so würde sich sein Resultat hieraus nicht ergeben. Denn die sog. exceptio doli generalis, um welche allein es sich hier handelt, schliesst alle Exceptionen, mithin auch die exceptio metus causa in ihrer Richtung gegen jeden Dritten ein.[116] Dem steht nicht entgegen, dass auch bei stricti iuris actiones gegen Dritte nicht die exceptio doli, sondern allein die specielle exceptio metus causa gegeben wurde. Dies ist daraus zu erklären, dass die exceptio doli wohl erst allmählig ihren generellen Charakter ausgebildet hat. Wissen wir ja selbst, dass die Wirkung der actio metus causa gegen den unschuldigen Dritten sich nicht ohne Kampf in der Praxis Bahn gebrochen hat[117], und schon aus diesem Grunde muss uns die

---

116) Vgl. l. 2 § 5 de doli exc. 44, 4. l. 36 de V. O. 45, 1. Wächter, Erörterungen a. d. röm., deutschen u württemb. Priv. R. Heft II S. 50 ff.

117) Vgl. Schliemann a. a. O. S. 43.

von Ulpian in l. 4 § 33 de exc. doli 44, 4 gegebene Erklärung für die Einführung einer besonderen exceptio metus causa verdächtig erscheinen; noch mehr aber, wenn wir darauf achten, wie derselbe Ulpian, der in l. 4 § 33 cit. die rein persönliche Wirkung der doli exceptio hervorhebt, in l. 36 de V. O. 45, 1 sie schon für begründet hält: si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet. Die metus causa exceptio wird demnach für nichts Anderes als eine speciell gefasste doli exceptio zu halten sein, und wird in ihrer Entwicklung mit der allmähligen Ausdehnung der Zuständigkeit der actio metus causa gegen Dritte Schritt gehalten haben.

Es darf also nicht bezweifelt werden, dass der iudex auch ohne Anweisung des Prätors im b. f. iudicium auch den von einem Anderen als dem Kläger geübten Zwang berücksichtigen durfte[118], so dass es in dieser Beziehung allerdings einen

---

118) Mit grosser Ausführlichkeit hat Burchardi (Wiedereins. S. 323 ff.) den Beweis zu führen gesucht, dass dolus und metus bei bonae fidei negotia nicht Nichtigkeit, sondern Anfechtbarkeit bewirken. Das praktische Ziel seiner ganzen Beweisführung ruht in Wahrheit nur in der Feststellung, ob dieses oder jenes Wort (nullum esse oder rescindi) gebraucht werden müsse, während darauf, »welcher Sinn bei dem Worte sei«, nirgends von ihm gerücksichtigt wird. Mit welcher Voreingenommenheit übrigens B in dieser Frage zu Werke gegangen ist, zeigt seine Auslegung (S. 321 a. a. O.) von Symmachi ep. II, 87, welche nach der Ausgabe von Pareus (Francof. 1642) folgendermassen lautet: Symmachus Flaviano. Vox iuris ac legum est: bonae fidei contractum non posse rescindi. Huius sententiae exsecutionem frater noster Elpidius optat adipisci; cui post venditionem Hispaniensis praedii sui partem emtor adjurat; cum ad soliditatem adscriptae in novum dominum possessionis cuncta ex more celebrata sint. Haec summa est postulati, quae meis quidem verbis, sed illius meritis adjuvatur. Quaeso ut aequitate, qua praeclarus es, aut pudorem refragantis privata objurgatione confundas, aut contumaciam frangas publica auctoritate judicii. Vale. (In diesem Texte sind nach der von Clason, de Symmachi epistularum codice Parisino Bonn. 1867 S. 57. mitgetheilten Collation folgende Veränderungen anzubringen: $_b$ hinter partem pretii ($\bar{p}$tii) einzuschieben; statt adiurat abiurat (adiurat), statt publica publici zu

praktischen Unterschied nicht hervorbringt, ob man die bona fides als allgemeines Entscheidungsprinzip anerkennt, oder ihm nur die negative Bedeutung wie bei den actiones stricti

---

lesen.) Burchardi will beweisen, dass es eine Zeit gegeben, in welcher die Rescission von b. f. negotia wegen dolus mit der Contractsklage nicht durchführbar gewesen sei; dass nun in dem Briefe von ‚rescindere bonae fidei contractum' die Rede ist, dies genügte ihm, den Thatbestand zu unterstellen: der Käufer habe nach dem Vollzuge des Geschäfts wegen behaupteten Betruges auf Rescission des Gutskaufes angetragen und Symmachus sich nun an den Richter gewendet, um von seinem Bruder die Restitution abzuwenden, und zwar habe er dies gethan unter Berufung auf den, wie B. zugiebt, damals (Symmachus lebte etwa 350—420 n. Chr. Teuffel, Gesch. der röm. Lit. 2. Aufl. S. 960) längst ausser Gebrauch gekommenen Satz: b. f. contractum non posse rescindi. Welchen Effect aber konnte Symmachus mit der Anführung eines, wenn überhaupt jemals, in dem von B. behaupteten Sinne, wahr gewesenen, damals jedenfalls längst verschollenen Satzes bei dem Richter hervorzubringen hoffen? In der That enthält der ganze Brief kein Wort von einem Betruge, einem Antrage auf Rescission, einer dem Verkäufer drohenden Gefahr, den erhaltenen Preis zurückzahlen zu müssen. Wie auch bei dem fehlerhaften Texte der Ausgaben ersehen werden konnte, hatte der Käufer dem Verkäufer einen Theil des geschuldeten Kaufpreises abgeschworen, und Symmachus bittet nun den ihm verwandtschaftlich nahestehenden Flavianus (vgl. über diesen Teuffel a. a. O. § 421 not. 1), er möge entweder durch private Vorhaltungen auf das Ehrgefühl des Käufers einzuwirken suchen, um ihn zur Bezahlung der abgeschworenen Schuld zu vermögen, oder durch das Gewicht einer (ihm anzudrohenden) Criminaluntersuchung seinen Widerstand zu brechen. Leicht begreiflich! Der geleistete Eid schnitt dem Verkäufer die Verfolgung seines Anspruchs im Civilprozesse ab; es blieb ihm nur noch die Hoffnung auf dem von Symmachus angegebenen Wege den formell verloren gegangenen Anspruch durchzusetzen. Was bedeutet nun aber der an die Spitze gestellte Satz: b. f. contractum non posse rescindi? Eine unmittelbare Anwendung desselben konnte Symmachus offenbar nicht im Sinne haben, denn um ein Civilverfahren handelt es sich nicht mehr. Das Wort rescindi steht wie überhaupt niemals (vgl. oben S. 23) so auch hier nicht in einer technischen Bedeutung; der Satz heisst daher nichts weiter als: eine Obligation aus bonae fidei Contracten könne nicht aufgehoben werden. (Contractus steht oft für obligatio vgl. Gellius XX, 1. l. 20 de iudic. 5, 1. l. 11 § 2 de pign. a. 13, 7 pignus contractum l. 11 § 3 eod. pignus obligatum l. 19, de V. S. 50, 16.

iuris einräumt, sich also das thatsächliche Fundament der Entscheidung nach den im strictum iudicium massgebenden formellen Gesichtspunkten als actions-exceptions-replik-duplikbegründende Thatsachen auseinandergelegt denkt, und das Wesen des b. f. iudicium darein setzt, dass jene formelle Gruppirung des factischen Materials sich hier nicht schon in iure und sichtbar in der Formel, sondern nur innerlich, in der juristischen Auffassungsweise des iudex vollzieht.

Hiermit soll nun keineswegs geleugnet werden, dass jene Denkform den römischen Juristen nicht geläufig gewesen sei. Das Gegentheil zeigt schon das häufige Wiederkehren der Regel: ‚doli exceptio bonae fidei iudicio inest' und ähnlicher Sätze. In vielen Fällen wird von ihnen ausdrücklich eine exceptio bei b. f. actiones für zulässig erklärt, wo sie an die Nothwendigkeit der Insertion derselben in die formula gar nicht denken. Das schlagendste Beispiel hierfür giebt uns l. 49 § 1 sol. matr. (Paulus), verglichen mit dem die Entscheidung des Paulus vollständiger enthaltenden Vat. fr. 94.[119]

---

umgekehrt bonae fidei obligatio in l. 21 § 4 qu. m. c. vgl. Brinz, Pand. I S. 368 f.). In dieser Allgemeinheit ist nun der Satz allerdings nicht richtig, und dass Symmachus selbst ihn so allgemein nicht gemeint, ergiebt sich eben daraus, dass er an eine von seinem Bruder anzustellende Civilklage nicht denkt. Was er sagen will, ist, dass durch eine formelle Aufhebung, welche durch die Eidesleistung doch nur bewirkt wird, die Obligation in ihrem natürlichen Bestande nicht getroffen wird: ein Satz, den wir auch bei einer anderen formellen Aufhebungsart, dem abweisenden Judicat bewährt finden (vgl. l. 28. 60 de cond. ind. 12, 6. Schwanert, die Naturalobligationen des r. R. S. 437 ff. 444). Die naturale Obligation also ist es, welche Symmachus für seinen Bruder noch auf einem Nebenwege zur Geltung bringen möchte. Damit stimmt auch, dass er nur von b. f. contractus spricht; nur für diese konnte die naturalis ratio massgebend sein; die Obligationen aus stricti iuris negotia mussten, wie ihre Entstehung nur an eine Form sich knüpfte, auch durch rein formelle Momente zur vollständigen Auflösung kommen.

[119]) Vgl. Keller in Bekker und Muther's Jahrb. d. gem. O. R. IV S. 349 ff.

Es muss aber weiter sogar zugegeben werden, dass die Anwendung jener Denkform auch nicht ohne praktische Consequenz geblieben ist. Einen interessanten Beweis hierfür — freilich auch den einzigen, den ich bisher gefunden — liefert uns l. 20 § 4 qu. m. c., wo Paulus von der Wirkung eines erzwungenen contrarius consensus bei b. f. Contracten handelt:

> Si metu coactus sim ab emptione locatione discedere, videndum est, an nihil sit acti et antiqua obligatio remaneat, an hoc simile est acceptilationi, quia nulla ex bona(e) fide(i) obligatione possimus niti, cum finita sit, dum amittitur: et magis est, ut similis species acceptilationis sit, et ideo praetoria actio nascitur.

Fasst man das Wesen des b. f. iudicium dahin auf, dass der iudex lediglich nach freier Ueberzeugung entscheiden, und auch die Grundsätze des prätorischen Rechts ohne Weiteres zur Anwendung bringen dürfe, so muss man ihn auch für ermächtigt halten, eine erzwungene Acceptilation oder einen erzwungenen contrarius consensus, (welchen Paulus der ersteren gleich behandeln will) ohne Weiteres als unwirksam zu erachten, trotz desselben, also den Beklagten zu verurtheilen. Anders aber bei der sich an den Formalismus des strictum iudicium anlehnenden Denkform. Dem erwiesenen Kaufgeschäft, und dem Anspruch der aus jenem, für sich allein betrachtet folgen würde, hat man sich gegenüber zu denken die Behauptung der stattgehabten acceptilatio oder des mutuus dissensus. Im strictum iudicium würde erstere ipso iure wirken, eine exceptio ihretwegen also nicht zu inseriren sein; eben deshalb würde auch für eine replikweise Geltendmachung des metus kein Raum sein, weil eine Replik das Vorhandensein einer exceptio voraussetzt. Also musste der Kläger eine besondere Klage, entweder die actio metus causa oder die ver-

lorene Klage als ficticia[120]) anstellen. Die gleiche Nothwendigkeit erwächst aber, sobald man im b. f. iudicium jene Denkform zur Anwendung bringt; dann zeigt sich auch hier der metus als ein Moment, welches sich in den Rahmen des b. f. iudicium auch durch prätorische Vermittlung nicht einfügen lässt und nur in einem besonderen Verfahren Berücksichtigung finden kann. Unverkennbar ist es nun aber jene Anschauungsweise gewesen, durch welche Paulus darauf geführt ward, den iudex im b. f. iudicium zur Berücksichtigung eines, von ihm der Acceptilation gleich behandelten erzwungenen contrarius consensus nicht für ermächtigt zu halten, überhaupt die Möglichkeit der Berücksichtigung des metus in diesem Verfahren zu leugnen, und die Anstellung einer besonderen prätorischen Klage für erforderlich anzusehen.[121])

In wieweit diese streng formale Auffassung auch von anderen Juristen getheilt wurde, wird schwerlich festzustellen sein; bei ihrem, soviel ich sehe, ganz vereinzelten Auftreten wird man wohl annehmen dürfen, dass Paulus mit ihr allein gestanden habe.[122]) In der Hauptsache wird hierdurch unser Ergebniss, dass bei Geschäften des guten Glaubens die Freiheit von Zwang zum Thatbestande des Geschäfts gehört habe, nicht erschüttert.

In den vorstehenden Erörterungen glaube ich alle Rechtsinstitute erschöpft zu haben, für deren Betrachtung nach dem Gesichtspunkte ihrer Empfindlichkeit gegen den Zwang die

[120] Vgl. unten § 12.

[121]) Die oben besprochene l. 21 § 4 cit. möchte gegen Bekker's Vermuthung der Zulässigkeit einer Defensivvertheidigung gegenüber ipso iure wirkenden Aufhebungsgründen sprechen. Vgl. dessen Aktionen II S. 284.

[122]) Ob nicht vielleicht aus dieser Behandlungsweise der b. f. actiones auf ihre allmählige Entwicklung aus ursprünglicher Gebundenheit zu immer grösserer Freiheit ein Schluss zu ziehen wäre, diese Frage mag hier nur aufgeworfen werden.

Quellen einen Anhalt bieten. Es hat sich ergeben, dass trotz eines Zwanges, der sie veranlasst, nach Civilrecht gültig sind: die Stipulation, die Acceptilation, die Mancipation, das Testament, die Manumission; dass nach Civilrecht für ungültig zu erachten sind: die freie Ehe, die Tradition, die pro herede gestio, die bonae fidei Contracte; dass vielleicht unter bestimmten Voraussetzungen, aber nur aus Utilitätsrücksichten auch die civilrechtliche Manumission ipso iure ungültig war; dass der contrarius consensus von Paulus der Acceptilation analog behandelt ward.

Eine Vergleichung dieser Ergebnisse unter einander liefert das Resultat, dass alle Geschäfte, bei welchen der Zwang nach Civilrecht unerheblich ist, strenge Formalgeschäfte sind, und dass bei dem einzigen Formalgeschäfte (Manumission), für welche unter gewissen Voraussetzungen bei vorhandenem Zwang vielleicht Ungültigkeit nach Civilrecht stattfand, dies nur propter aliquam utilitatem contra tenorem rationis der Fall gewesen sein würde; dass dagegen alle Geschäfte, bei denen wir Unwirksamkeit nach Civilrecht gefunden, formlose, d. h. an eine bestimmte Form nicht gebunden sind, und dass das einzige formlose Geschäft, welches sich trotz des Zwanges nach einer vereinzelten Entscheidung des Paulus als civilrechtlich wirksam erwies, der contrarius consensus, diese Beurtheilung nur auf Grund einer Analogie mit der acceptilatio erfuhr.

Welche Schlüsse wir auf diese Statistik bauen dürfen, davon wird später gehandelt werden (§ 15).

---

§ 11.

Die prätorischen Rechtsmittel gegen den Zwang. Von der in integrum restitutio insbesondere.

Der Prätor stellt in seinem Edict als Grundsatz für seine Jurisdiction auf: ‚Quod metus causa gestum erit, ratum non

habebo'.[123]) Hierin liegt zweierlei: 1) dass er da, wo das Civilrecht trotz eines vorgefallenen Zwanges Rechtsfolgen eintreten lässt, iuris civilis corrigendi gratia eingreifen, und entweder zur Verhinderung oder zur Wiederbeseitigung der civilen Rechtsfolgen seine Hülfe darbieten werde; 2) dass er die Rechtshülfe, die er unter gewissen Voraussetzungen, sei es iuris civilis adiuvandi, supplendi oder corrigendi gratia im Allgemeinen verheisst, versagen werde, wenn neben jenen Voraussetzungen auch ein Zwang vorliege; oder mit anderen Worten, dass er die Abwesenheit von Zwang zur Bedingung des lediglich auf seiner Jurisdictionsgewalt beruhenden Rechtsschutzes mache. — Bezüglich der praktischen Behandlung solcher Geschäfte, welche ihre Wirksamkeit lediglich der Autorität des Prätors, nicht dem Civilrechte verdanken, stimme ich mit Czyhlarz vollständig überein, auf dessen Darstellung[124]) ich deshalb hier lediglich Bezug nehmen will. Hiernach ist anzunehmen, dass auf Verlangen der gezwungenen Partei der Prätor den stattgehabten Zwang als negative Condemnationsbedingung, also mit als eine der thatsächlichen Voraussetzungen des von ihm zugesagten Rechtsschutzes in die formula in factum concepta aufnahm; dass, wenn auf Grund eines nur tuitione praetoris geschützten Geschäftes eine thatsächliche Aenderung herbeigeführt war, er einfach den rechtlichen Zustand als unverändert betrachtete, dass er aber allerdings auch die actio metus causa geben konnte, da diese nach ihrer Fassung die civilrechtliche Gültigkeit des erzwungenen Geschäftes nicht zur Voraussetzung stellte.

Die Rechtsmittel, welche der Prätor zur Hemmung oder Wiederbeseitigung der Civilrechtsfolgen erzwungener Geschäfte gewährte, sind: actio, exceptio metus causa, utiles actiones in personam und in rem, und restitutio in integrum.

---

123) l. 1 qu. m. c.

124) a. a. O. S. 32—37.

Actio und exceptio metus causa bieten zu neuer Behandlung m. E. keine Veranlassung; dagegen möchten die in integrum restitutio und die vom Prätor neben der actio metus causa gewährten actiones in personam und in rem, und das Verhältniss der letzteren zur actio metus causa eine etwas eingehendere Betrachtung fordern.

Der Begriff der i. i. restitutio wird bekanntlich von den römischen Juristen in einem weiteren und einem engeren Sinne verstanden [125]; im ersteren Sinne umfasst er die gesammte, nicht blos im Dienste des ius civile entwickelte Thätigkeit des Prätors, welche auf Wiederbeseitigung der aequitas widersprechender Rechtsveränderungen gerichtet war, und begriff sie somit auch die actio und exceptio metus causa in sich. Im engeren Sinne ist aber i. i. restitutio nur die auf unmittelbares Einschreiten und causae cognitio des Prätors sich gründende Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. In Rücksicht auf diese letztere Bedeutung der Restitution allein kann die Frage, ob im römischen Rechte eine i. i. restitutio propter metum bestanden habe, gestellt werden. Die Entscheidung dieser sehr bestrittenen Frage kann nur auf die Untersuchung sich stützen, ob und in wieweit die prätorische Hülfe bei metus auf Grund einer causae cognitio geleistet wurde. — Des Vorkommens einer causae cognitio geschieht bei dem Rechtsschutz gegen metus nirgends Erwähnung. [126] Wir sind deshalb lediglich auf die Berücksichtigung innerer Momente hingewiesen.

---

[125] Vgl. Windscheid, Pand. I § 114 Anm. 6. Kuntze, Cursus des röm. R. § 218, § 483; und Excurse über r. R. S. 408. Bekker, Aktionen II S. 101 Anm. 38. Spaltenstein, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 138 ff.

[126] Die in l. 14 § 1, 2 qu. m. c. erwähnte causae cognitio betrifft nur die post annum Erheblichkeit erlangende Frage, ob nicht ausser der a. metus c. noch eine andere actio zuständig sei.

Für ein unmittelbares Eingreifen des Prätors behufs Beseitigung der Rechtsfolgen einer erzwungenen Rechtshandlung lassen sich nur zwei Gründe als möglich denken; entweder der: dass er die Prüfung der Zulässigkeit, der Aequität der geforderten Hülfe sich selbst vorbehalten, nicht dem iudex überlassen wollte; oder der andere: dass er glaubte, die unmittelbar durch ihn selbst gewährte Hülfe werde angemessener und durchgreifender wirken.

Dass der Prätor aus dem ersteren Grunde zu irgend einer Zeit Restitution im engeren Sinne ertheilt haben sollte, ist mit Allem, was über diese Materie als feststehend erachtet werden darf, unverträglich. Die ordentlichen gegen den Zwang eingeführten Rechtsmittel, actio und exceptio metus causa, wurden wie jede andere Klage und exceptio ohne besondere Cognition der Partei auf ihr Verlangen gewährt, und die Beurtheilung, ob ein der Berücksichtigung werther Zwang stattgefunden habe, dem Ermessen des iudex anheimgegeben. Die Voraussetzungen aber, unter welchen der iudex die ihm in der Formel gestellte Condemnationsbedingung, den metus, als erfüllt anzunehmen habe, waren durch die Jurisprudenz, und gewiss schon sehr früh [127], ins Einzelne entwickelt worden. Keinesfalls konnte daher der Prätor nach der actio metus causa eine i. i. restitutio propter metum aus dem Grunde eingeführt haben, weil er bei metus das magistratualische Ermessen für den allein tauglichen Regulator der gegen das ius civile zu schaffenden Gegenwirkung erachtet hätte. Es bliebe mithin nur die Möglichkeit, dass die i. i. restitutio vor Einführung der a. metus causa der Weg gewesen sei, auf dem der Prätor gegen Zwang Hülfe geboten, dass er indess später die Cognition über die Erheblichkeit des stattgehabten Zwanges (welche ihm bei dem hier naturgemäss vornehmlich auf der indivi-

---

127) Vgl. l. 5. 9 pr. qu. m. c.

duellen Gestalt des Einzelfalles ruhenden Gewichte in der Regel eine eingehende Beweiserhebung aufgebürdet haben würde), auf einen iudex, durch Einführung einer ordentlichen actio in factum, abgewälzt hätte. Gegen diesen Entwicklungsgang spricht indess der Umstand, den ich mit Vangerow[128]) und Spaltenstein[129]) für erwiesen ansehe, dass vor der actio metus causa ein prätorisches Rechtsmittel, also auch i. i. restitutio propter metum nicht bestand.

Was nun den zweiten denkbaren Grund für die Gewährung der i. i. restitutio neben den ordentlichen Rechtsmitteln betrifft, so ist im Allgemeinen ein praktischer Vorzug des extraordinären Verfahrens vor dem Prätor vor dem ordentlichen Verfahren nicht einzusehen, und namentlich scheint für die Annahme Burchardi's und Vangerow's, dass das erstere den Vorzug grösserer Schnelligkeit für sich gehabt habe, nicht das Geringste zu sprechen[130]); ebensowenig kann mit Burchardi ein eigenthümlicher Vortheil nur der i. i. restitutio darin gesehen werden, dass sie nicht blos Vergütung des Schadens in Gelde, sondern unmittelbare, naturale Wiederherstellung des früheren Zustandes verschafft habe[131]): gewiss wird geeignetenfalls auch bei der arbiträren a. metus causa Realvollstreckung des vom iudex erlassenen Restitutionsbefehls, wie bei anderen auf ein restituere und exhibere gerichteten arbitria[132]), stattgefunden haben.

Nur in zwei Fällen ist ein wahres Bedürfniss für die endgültige Erledigung vor dem Prätor anzuerkennen: 1) wenn Jemand zum Antritt, 2) wenn Jemand zur Repudiation

---

128) Lehrb. I § 185 Anm.

129) a. a. O. S. 129.

130) Vangerow, a. a. O. Anm. I, 3. Burchardi, Wiedereins. S. 360. Dagegen auch Ruhstrat in der Giesser Zsch. N. F. IV. S. 260 ff.

131) Burchardi, a. a. O. S. 362 f.

132) Vgl. Ziebarth, die Realexecution und die Obligation S. 63 ff.

einer Erbschaft gezwungen worden war. Freilich war auch hier die Anwendung von actio und exceptio metus causa rechtlich nicht ausgeschlossen. Dieser Weg musste jedoch nach vielen Richtungen hin ausserordentlich unbequem sein, und überdies unter Umständen gegen Nachtheile nicht vermögensrechtlicher Art ohne die wünschenswerthe Hülfe lassen. Als das Ziel der ökonomischen Wiederherstellung gegenüber dem Zwingenden muss man sich denken: die Befreiung des Gezwungenen von den Erbschaftsschulden gegen Herausgabe der Erbschafts-Activa, sowie Wiederherstellung der ihm durch Confusion verloren gegangenen dinglichen und persönlichen Rechte. Welche sonstigen Nachtheile eine Restitution, um vollkommen zu sein, dem gezwungenen Erben abnehmen musste, vermag ich nicht treffender zu bezeichnen, als es in Ulpian (l. 4 ad SCtum Trebellianum 36, 1) in einem anderen Zusammenhange gethanen Ausspruche thut:

> neque illud inquiritur, solvendo sit hereditas an non sit. opinio enim vel metus, vel color eius qui noluit adire hereditatem inspicitur, non substantia hereditatis, nec immerito: non enim praescribi heredi instituto debet, cur metuat hereditatem adire vel cur nolit, cum variae sunt hominum voluntates: quorundam negotia timentium, quorundam vexationem, quorundam aeris alieni cumulum, tametsi locuples videatur hereditas, quorundam offensas vel invidiam, quorundam gratificari volentium his, quibus hereditas relicta est sine onere tamen suo.

Es waren also keineswegs blos ökonomische Nachtheile, welche den gezwungen Antretenden treffen konnten, und doch konnte nur gegen jene mit actio und exceptio metus causa geholfen werden. Aber auch hier waren jene Rechtsmittel so ungeeignet, als nur möglich. Hatte der Beklagte auch den besten Willen, dem arbitrium auf Beseitigung der ökonomischen Nachtheile nachzukommen, so konnten einerseits, beson-

ders wenn der Erbe ein zahlungsfähiger Mann war, die Erbschaftsgläubiger die Liberirung desselben verweigern, oder es konnten zur Zeit Zahl und Namen der Gläubiger unbekannt sein; es blieb die Gefahr, dass sich noch nach langer Zeit bis dahin unbekannt gebliebene Gläubiger gegen den Erben wendeten. Sollte dieser sich hier mit einer Verbalcaution für die Liberirung von allen unbekannten Schulden begnügen? Beim besten Willen des Beklagten konnte der Erbe also nicht von aller Gefahr befreit werden. Versagte der Beklagte dem arbitrium den Gehorsam, so wurde dieser zwar in quadruplum condemnirt; zugleich blieben aber die Ansprüche der Erbschaftsgläubiger gegen den Erben bestehen, während sein Anspruch gegen den Zwingenden noch unerfüllt, vielleicht wegen Insolvenz desselben auch werthlos war. Die Zulässigkeit der exceptio metus causa gegen den am Zwange unschuldigen Erbschaftsgläubiger wird nur mit Restrictionen anzuerkennen sein, da doch dessen Anspruch auch vor dem Zwange schon bestand, und deshalb, weil der Gezwungene nunmehr als Schuldner eintrat, nicht gesagt werden musste, dass ‚aliquid ad eum pervenit‘. Höchstens konnte dies gelten in Beziehung auf den Betrag, um welchen der Anspruch durch den passiven Uebergang auf einen solventen Erben bei nicht sufficientem Nachlasse werthvoller geworden war. — Ueberall müsste also der, lediglich auf die gewöhnlichen prätorischen Rechtsmittel angewiesene Erbe zunächst alle Gefahren und Nachtheile der Erbschaft auf sich nehmen, ohne die sichere Hoffnung, davon jemals völlig befreit zu werden. Die Anwendung jener Rechtsmittel würde einen schwer entwirrbaren Knäuel complicirter Streitverhältnisse schaffen und, denken wir uns noch Legatare, Miterben, Universalfideicommissare, Pflichttheilsberechtigte hinzutretend, so würde die Restitution gegen erzwungenen Erbantritt im Wege der ordentlichen prätorischen Klage und Exception eine Aufgabe sein, geeignet,

den Richter und sämmtliche Parteien in die höchste Verzweiflung zu bringen. Nicht viel tröstlicher würde das Bild sein, welches für den Fall erzwungener Entsagung zu entwerfen wäre.

Allen diesen Schwierigkeiten und zugleich auch allen nicht ökonomischen Nachtheilen konnte mit einem Schlage begegnet werden, wenn der Prätor präjudiciell decretirte, dass der erzwungene Erbantritt oder die erzwungene Entsagung wie nicht geschehen zu erachten sei; ein derartiges Decret war aber nur auf vorgängige causae cognitio denkbar. Die i. i. restitutio im e. S. ergiebt sich hier demnach als das allein angemessene Verfahren.

Was sich uns aus allgemeinen Erwägungen als wahrscheinlich ergeben hat, wird durch den Inhalt der Quellen in der That auch bestätigt.

Der erzwungene Antritt wird behandelt in l. 21 § 5 h. t. und l. 85 de acqu. her. In der ersten Stelle heisst es:

per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur;

in der zweiten:

fiet ut detur mihi abstinendi facultas.

Hierbei kann nur an ein Abstiniren auf Grund prätorischer causae cognitio, und eines generellen Decrets, welches mit voller Wirkung gegen sämmtliche Interessenten den Antritt für wirkungslos erklärte, gedacht werden. Einer a. metus causa gegen die civilrechtlichen Folgen des Antritts geschieht nirgends Erwähnung; hieraus darf gefolgert werden, dass sie hier auch keine Anwendung gefunden hat; zumal da Paulus in l. 21 § 6 eod. die elective Concurrenz derselben mit i. i. restitutio bei der erzwungenen Entsagung ausdrücklich hervorhebt. Bei erzwungener Entsagung werden nach l. 21 § 6 cit. die Erbschaftsklagen dem Delaten als utiles gegeben. Auch hier wird man aber den Erlass eines, auf causae cognitio beruhenden generellen Restitutionsdecretes, eine bonorum

possessio decretalis annehmen müssen. Andernfalls hätte bei jeder einzelnen, dem Gezwungenen zu gewährenden actio utilis die Vorfrage, ob ein Zwang stattgefunden und ob er erheblich sei, von dem iudex geprüft werden müssen, wobei die Gefahr entgegengesetzter Entscheidungen allzu nahe lag.



§ 12.

Fortsetzung. Actiones in rem und in personam.

Bezüglich der Behauptung, dass ausserhalb der im vorigen Paragraph erwähnten beiden Fälle eine wahre i. i. restitutio nicht stattgefunden habe, wird billigerweise nur der Nachweis erfordert werden können, dass die Stellen, in welchen gewöhnlich eine i. i. restitutio gefunden wird, von einer solchen in Wahrheit nicht reden. Es gehören hierher: 1) l. 9 § 4 qu. m. c. Ulpian l. XI ad ed.:

Volenti autem datur et in rem actio et in personam rescissa acceptilatione vel alia liberatione.

§ 6 eod.: Licet tamen in rem actionem dandam existimemus, quia res in bonis est eius, qui vim passus est, verum non sine ratione dicetur, si in quadruplum quis egerit, finiri in rem actionem vel contra.

2) c. 3 de his quae vi metusve c. 2, 20 (Gordianus):

Si vi vel metu fundum avus tuus distrahere coactus est, etiamsi maxime emtor eum alii vendidit, si tamen tu avo tuo heres exstitisti, ut tibi reddito a te pretio restituatur, postquam placuit, in rem quoque dari actionem secundum formam perpetui edicti, adito praeside provinciae poteris postulare, si modo, qui secundo loco comparavit, longae possessionis praescriptione non fuerit munitus.

3) Pauli R. S. I, 7, 4 (Huschke):

(cum metus causa decernitur) integri restitutio (actio) aut in rem competit aut in personam. in rem actio competit, ut res ipsa, qua de agitur, revocetur; in personam autem quadrupli poena intra annum vel simplum post annum peti potest.

Völliges Einverständniss unter den Schriftstellern besteht darüber, dass die in l. 9 § 4 cit. erwähnte a. in personam eine restituirte sei[132], während die hier und in den übrigen Stellen erwähnte actio in rem als restituirte von Vielen nicht anerkannt wird.[133]

Für die Annahme, dass der Prätor die in den genannten Stellen vorkommende a. in rem nur auf Grund einer von ihm selbst vorgenommenen causae cognitio ertheilt habe, fehlt es in der That an jedem äusseren Anhalt, und nach den früheren allgemeinen Erörterungen auch an innerer Begründung. Das Gleiche ist aber auch von der actio in personam zu sagen. Der Ausdruck ‚rescissa liberatione', auf welchen von den Meisten das entscheidende Gewicht gelegt wird, sagt nicht nothwendig, dass der Prätor erst nach stattgehabter causae cognitio über den geübten Zwang eine actio gegeben habe, in welcher er den iudex schlechthin zur Nichtberücksichtigung der erzwungenen Liberation angewiesen. Er trifft auch dann zu, wenn er den iudex nur hypothetisch hierzu anweist, unter der Voraussetzung, dass diesem ein nach dessen Ermessen erheblicher Zwang

---

132) Vgl. Burchardi a. a. O. S. 369 ff. Savigny, Syst. VII S. 194. Windscheid, Pand. I § 118 Anm. 3. Schliemann a. a. O. S. 60. Spaltenstein a. a O. S. 146. Czyhlarz a. a. O. S. 42.

133) So Schliemann a. a. O. S. 69 ff. Brinz a. a. O. S. 1424. Czyhlarz a. a. O. S. 43 Anm. 80. Dagegen v. Schöter in der Giesser Zsch. VI S. 119 ff., Wächter, Württemb. Pr. R. S. 764, Keller, Civ. Proz. S. 332. Bethmann-Hollweg, Civ. Proz. II S. 756. Dworzak in Haimerl's VJSchr. IX L. A. S. 45. Spaltenstein a. a. O. S. 142 Anm. 1.

nachgewiesen wird; im Prinzip ist es auch hier der Prätor, der Hülfe gewährt; die Ausführung der Restitution geschieht aber officio iudicis; es liegt also eine Restitution im e. S. dann nicht vor. So heisst es in § 6 J. de act. 4, 6 von der actio Pauliana gleichfalls:

> Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit . . ., permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere;

und in l. 13 § 1 de minor. 4, 4 unterscheidet Ulpian ausdrücklich das Verfahren cognitione praetoria von dem rescissa alienatione dato in rem iudicio. Auch hier ist festzuhalten, dass der Ausdruck ‚rescindere‘ eine technische Bedeutung nicht hat. Dass die Zusammenstellung einer restituirten a. in personam mit einer nicht restituirten a. in rem in demselben Satze überdies sehr auffallen müsste (vgl. l. 9 § 4 cit.), bedarf kaum der Erwähnung.

Die unbefangene Betrachtung der Quellen führt m. E. zu folgendem Resultat. In electiver Concurrenz mit der a. metus causa giebt der Prätor zur Geltendmachung einer Forderung, welche ipso iure durch erzwungene Liberation untergegangen ist, die verlorene a. in personam als utilis, ebenso bei erzwungener Mancipation oder in iure cessio die verlorene a. in rem als utilis, indem er in beiden Fällen in der Formel den Richter anweist, die stattgehabte Liberation oder Eigenthumsübertragung wie nicht geschehen zu behandeln, wenn ihm der Beweis eines dabei vorgekommenen iustus metus geführt werde.[134] Die Klagen werden ‚volenti‘ gegeben, d. h. wie

---

[134]) Paulus R. S. I, 7, 4 erwähnt nur die a. metus causa und die a. in rem. Das Uebergehen der utilis a. in personam erklärt sich wohl daraus, dass er in dem ganzen, diese Lehre überhaupt höchst summarisch behandelnden Abschnitte nur von erzwungener Begründung dinglicher und persönlicher Rechte, nicht aber auch von der den Wirkungskreis der utilis a. in personam allein bedingenden, erzwungenen Aufhebung von Forderungen spricht.

jede andere im Edicte proponirte Klage auf das blosse, nicht wegen liquider Ausschliessungsgründe als unzulässig erscheinende, Verlangen der Partei. Dass der Prätor sich nach dem blossen Belieben der Partei eine vielleicht umfangreiche causae cognitio werde haben aufbürden lassen, was die Consequenz der Annahme einer restituirten Klage wäre, ist nicht glaublich.[135]

Ueber die formelle Natur der erwähnten Klagen, besonders der a. in rem, sind mir auch bei denjenigen, welche die letztere nicht für eine restituirte halten, klare und befriedigende Anschauungen nicht begegnet. Schliemann, Czyhlarz und Schulin nehmen bei der Bestimmung dieser Klage zum Ausgangspunkte die Bemerkung Ulpian's in l. 9 § 6 h. t.: ‚quia res in bonis est, eius qui vim passus est'. Schliemann[136] lässt es an einer näheren Characterisirung der Klage fehlen; Schulin[137] hält bei erzwungener Eigenthumsveräusserung überall die Publicianische Klage für zuständig; Czyhlarz[138] endlich, obwohl von dem zurückbleibenden bonitarischen Eigenthum des Gezwungenen ausgehend, giebt demselben, jenachdem er nur Publicianischer oder zugleich quiritischer Eigenthümer war, die Publiciana in rem actio, oder ausser dieser auch die rei vindicatio. Das Moment des

---

135) Von der dem Gezwungenen gewährten actio in rem sagt Paulus l. c.: in rem actio competit, ut res ipsa — revocetur, eine Ausdrucksweise, welche zu einer nur nach dem freien Ermessen des Prätors causa cognita zu gebenden Klage wenig zu passen scheint. — Wenn bei erzwungener Repudiation einer Erbschaft dem Gezwungenen die Wahl zwischen i. i. restitutio im e. S. und der a. metus causa gelassen wird (l. 21 § 6 h. t.), so erklärt sich dies daraus, dass hier das erstere Verfahren meist das allein brauchbare und deshalb regelmässig anwendbare sein musste; dass aber dem Gezwungenen das ordentliche Verfahren, als das minus, nicht verschlossen sein sollte, wenn es ihm einmal vortheilhafter erschien.

136) a. a. O. S. 75.

137) a. a. O. S. 45 f.

138) a. a. O. S. 44 ff.

Zwanges kommt nach Schulin und Czyhlarz erst im Wege einer replicatio metus zur Erörterung, wenn der Beklagte der Klage die exceptio rei venditae et traditae oder die exceptio dominii entgegensetzt.

Dass gegenüber einer civilrechtlich wirksamen Eigenthumsübertragung die rei vindicatio nicht ohne allen Zusatz stattfinden konnte, liegt auf der Hand; denn wie konnte der iudex feststellen, rem A^i A^i esse ex iure Quiritium, wenn nachweislich das Quiritische Eigenthum beim Beklagten oder einem Dritten war, — ein Umstand, der vom Beklagten gar nicht durch exceptio, sondern erst in iudicio geltend zu machen war; und wo sollte hier ferner eine replicatio metus Platz finden, wo es keine exceptio gab? [138a])

[138a]) Das oben Gesagte gilt auch gegen die Ausführungen Savigny's in Betreff der dinglichen Klage, welche dem früheren Eigenthümer nach erfolgter Restitution gegen absentia gegen den Usucapienten zu gewähren sei. (Syst. VII S. 189 ff. S. 308). Die in § 5. J. de act. 4, 6 erwähnte Klage ist nicht, wie Savigny annimmt, eine gewöhnliche Vindicationsklage ohne jeden Beisatz in der formula, mithin zum Beweise seiner Behauptung, es habe eine verlorene Eigenthumsklage nach stattgehabter Restitution ohne jeden Zusatz in der Formel gegeben werden können, ungeeignet. Der Zusammenhang, in welchem jene Klage sich findet, zeigt deutlich, dass es sich hier um eine specielle im Edict proponirte actio in factum handelt. § 4 eod. spricht von der Publiciana, und diese wird bezeichnet als eine actio, in qua dicit is qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, womit offenbar auf den bekannten Inhalt der Formula hingedeutet werden soll; in § 6 eod. heisst es bei der a. Pauliana: rescissa traditione eam rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse etc.; womit gleichfalls unzweifelhaft der Wortlaut dieser a. in factum mitgetheilt werden soll. (Vgl. Rudorff de iurisd. edictum § 221 not. 14). Wenn nun bei der in § 5 besprochenen Klage in ganz gleicher Weise gesagt wird: rescissa usucapione petere, id est ita petere, ut dicat possessorem usu non cepisse etc., so kann wohl nicht bezweifelt werden, dass auch diese Klage nicht die gewöhnliche Vindication, sondern eine für einen besonderen Fall concipirte und im Edict proponirte actio ficticia sei, und dass die Fiction, als sei die Usucapion nicht geschehen, in der Formel gestanden habe. (Vgl. auch Beil. II).

Unmöglich kann man ferner mit Schulin behaupten, dass die Thatsachen, auf welchen die einmal für den Kläger begründet gewesene actio Publiciana basire, auch durch das erzwungene Veräusserungsgeschäft nicht ungeschehen gemacht seien. Einer jener Umstände ist doch der: dass bei Fiction vollendeter Usucapion der Beklagte als Eigenthümer gelten könne. Trotz dieser Fiction würde aber doch der iudex die Publiciana abweisen müssen, sobald ihm bewiesen würde, dass Kläger die Sache einem Anderen mancipirt habe; die fingirte Wirkung der fingirten Usucapion musste von ihm als durch die Veräusserung wieder fortgefallen angesehen werden. Auch hier konnte eine exceptio iusti dominii, was Schulin und Czyhlarz annehmen, nicht stattfinden auf Grund der Behauptung, dass der Beklagte das vom Kläger gezwungen veräusserte Eigenthum entweder von diesem unmittelbar oder von dessen Singularsuccessor erworben habe.

Die sog. exceptio iusti dominii[139]) soll die Condemnation an eine noch fernere, als die in der Publiciana gewöhnlich enthaltenen Condemnationsbedingungen (‚Si quem hominem A^s A^s emit (et is) ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ex iure Quiritium eius esse oporteret)[140]) knüpfen; sie wird hinzugefügt, weil, aber jedenfalls auch nur soweit jene fernere Bedingung nicht in der gewöhnlichen Fassung der Publicianischen Klagformel implicite enthalten ist. Die Fassung der Formel schliesst aus die Berücksichtigung des Umstandes, dass der Beklagte Eigenthümer der streitigen Sache sei; denn sie fingirt, dass der Kläger dieselbe im Moment des Erwerbes auch ersessen habe; damit fingirt sie zugleich, dass das zu jener Zeit eben begründet gewesene Eigenthum eines Dritten, also auch das des Beklagten erloschen sei,

---

139) l. 16. 17 de Publ. i. r. a. 6, 2. l. 4 § 32 de exc. dol. 44, 4.
140) Vgl. Gaius IV 36.

und ferner, dass es ein Dritter, also auch der Beklagte, von einem Anderen, als dem Kläger selbst, nach jenem Moment nicht habe erwerben können, also nicht erworben habe. Der iudex musste daher, sollte das iure civili bestehende Eigenthum des Beklagten auch dem Kläger gegenüber geschützt werden, durch Einführung der ferneren, negativen Condemnationsbedingung ‚si ea res possessoris non sit' angewiesen werden, nur, wenn Beklagter nicht Eigenthum an der Sache nachweise, zu verurtheilen. Dessen bedurfte es aber in dem Falle nicht, wenn der Beklagte sein Eigenthum unmittelbar oder mittelbar vom Kläger selbst herleitete. Denn hierin lag stets die Behauptung, dass nachträglich das fictiv erworbene Eigenthum des Klägers erloschen sei, ein Bestreiten, dass die Sache eius esse oporteret, mit einem Worte eine negative Litiscontestation. Die Einfügung der exceptio iusti dominii konnte in diesem Falle mithin nicht erfolgen. Der Fall lag aber stets vor, wo sich der vom Gezwungenen mit der Publiciana Belangte darauf berief, dass Jener sein Eigenthum, wenngleich nur gezwungen, veräussert habe, und er, Beklagter, sein Recht auf jene, civilrechtlich gültige Veräusserung zurückführen könne. Mit der Möglichkeit einer exceptio dominii war auch hier die einer replicatio metus durch die Structur des Formularprozesses ausgeschlossen. [141]) Der Beklagte hätte der Publicianischen Klage des Gezwungenen gegenüber sogar nur nöthig gehabt, nachzuweisen, dass jener das ursprünglich ihm zuständig gewesene Eigenthum veräussert habe; der ferneren Behauptung, dass er selbst das Eigenthum erworben habe, bedurfte er gar nicht; jeder Detentor, der keinerlei Besitztitel hatte, war so im Stande den Kläger wehrlos zu machen. —

Wollte man demnach einen Weg suchen, um den Gezwungenen am Sichersten um sein Recht zu bringen, so konnte

141) Vgl. oben S. 90 f. Vgl. indess auch Beilage II, über einen exceptionellen Fall der exceptio iusti dominii.

sich hierzu kein geeigneterer finden, als die Publiciana, welche auf keiner Seite eine Fuge darbot, durch welche der metus sich in den Streit hätte hineinschieben können. Dem Zwecke, dem Gezwungenen zu helfen, konnte die vom Prätor verheissene Actio in rem nur dann entsprechen, wenn der iudex schon durch die Klageformel zur Untersuchung, ob ein iustus metus vorgefallen, und eventuell zur Nichtbeachtung der erzwungenen Veräusserung angewiesen war. [142] Die Klage war also die nach Civilrecht verloren gegangene, nur mit der Fiction versehen, dass die Veräusserung nicht stattgefunden habe. War der Gezwungene nur Publicianischer Eigenthümer gewesen, so musste die Eigenthumsklage mit der doppelten Fiction: der der vollendeten Usucapion, und der nicht geschehenen Veräusserung gegeben werden. [143]

In gleicher Weise musste die a. in personam construirt sein. [144] Dass die ursprüngliche Forderungsklage hier nicht zum Ziele führen konnte, das führt Paulus, wie oben gezeigt, sogar an einer b. f. actio in l. 21 § 4 h. t. aus. Die dort erwähnte praetoria actio wird daher eher für die utilis a. in personam, als für die a. metus causa zu halten sein. [145]

---

[142] Obwohl Rudorff, wie es scheint, die Klage für eine restituirte hält (vgl. R. G. II 110 Anm. 1), so passt doch die von ihm gebildete Formel, auch wenn man das Gegentheil annimmt. Dieselbe lautet: Iudex esto. Si vis metusve causa factum non esset, ut A^s A^s fundum quo de agitur Titio mancipio daret, tum si paret fundum illum ex iure Quiritium A^i A^i esse, iudex nisi arbitratu tuo is fundus A^o A^o restituetur, quanti ea res erit A^o A^o condemna, si non paret absolvito. (cf. Rudorff, de iurisdictione edictum p. 56). Der iudex hatte hier auch die durch die Fiction eliminirten Thatsachen (die mancipatio metus causa) festzustellen, wie dies auch bei anderen Actionen mit negativer Fiction, z. B. der a. Pauliana der Fall war.

[143] Vgl. über doppelte Fiction bei der Publiciana l. 7 § 9 de Publ. in r. a. und Leist, Bonorum Possessio I S. 294.

[144] Auch die a. in personam für eine arbiträre zu halten, wie Rudorff (de iurisd. edictum a. a. O.), dafür sehe ich keinen Grund.

[145] Dagegen erklärt sich Bekker, (Aktionen II S. 83) ohne jedoch einen Grund anzugeben.

Die utiles a. in rem und personam müssen im Uebrigen völlig die juristische Natur der durch sie ersetzten a. directae theilen, mithin auch perpetuae sein, soweit jene es sind.

Was nun noch die vielbesprochene Bemerkung Ulpian's betrifft, dass die Sache, deren Veräusserung erzwungen worden, in bonis des Gezwungenen sei, so hat dieselbe keineswegs die grosse Wichtigkeit, welche ihr beigelegt wird. Das ‚in bonis esse' bezeichnet nur das Verhältniss desjenigen, dem prätorische Rechtsmittel gegen die Entziehung und zur Wiedererlangung einer in seinem civilen Eigenthum nicht mehr befindlichen Sache zur Seite stehen.[146]) Eine prätorische Klage zur Wiedererlangung einer Sache haben, und diese Sache in bonis haben, sind daher nur zwei verschiedene Ausdrücke für dasselbe Verhältniss, und Ulpian hätte ebenso richtig umgekehrt sagen können, der Gezwungene habe die Sache in bonis, weil der Prätor ihm eine a. in rem gebe. —

Was konnte den Prätor bestimmt haben, neben der actio metus causa noch die soeben erörterten actiones utiles zu gewähren?

Bei der a. in personam könnte die unzweifelhaft grössere Bequemlichkeit derselben dafür angeführt werden. Denn während mit der a. metus causa zunächst, wenn der Beklagte dem arbitrium Folge leistete, nur die Wiederherstellung des untergegangenen Forderungsrechtes erlangt ward, und zur Herbeiführung dieses Erfolges unter Umständen, z. B. bei mehreren Correalschuldnern, Bürgen, mehrere Prozesse nöthig werden konnten, nahm die a. utilis diesen Erfolg bereits wie geschehen voraus: ein offenbares Ersparniss von Zeit und Mühe.

Für die Gewährung der a. in rem, nachdem die a. metus

---

[146]) Vgl. l. 52 de adqu. dom. 41, 1 (Modestin.): Rem in bonis nostris habere intelligimus quotiens possidentes exceptionem aut amittentes ad reciperandam eam actionem habemus. Puchta, Curs. der Inst. S. 629 (§ 236).

causa durch die Jurisprudenz ihre vollständige Ausbildung erhalten hatte [147]), lässt sich ein Grund nicht ausfindig machen. Die a. metus causa gewährte Alles, was die a. in rem gab und noch viel mehr. Sie ging gegen jeden Dritten, es erging ein Restitutionsbefehl, und diesem wurde durch die drohende Verurtheilung in das Vierfache ein viel grösserer Nachdruck verliehen, als es durch die im Vindicationsprozess gegen den contumax zur Anwendung kommende Schätzungsweise möglich war. Bei der a. metus causa hatte der Kläger weder den Eigenthums- noch den Publicianischen Beweis zu führen.

Will man nicht annehmen, dass die a. in rem ganz zwecklos, oder aus einer bei den Römern sonst beispiellosen Luxuriosität in Gewährung von Rechtsmitteln gewährt worden sei, so muss man ihre Einführung in eine Zeit versetzen, in welcher die Wirkung der a. metus causa gegen Dritte sich noch nicht zu voller Anerkennung durchgearbeitet hatte. Von Controversen unter den Juristen in diesem Punkte, namentlich über die Frage, ob auch der Dritte, der die Sache ohne Kenntniss vom vorgefallenen Zwange erworben, der a. metus causa hafte, legt noch das corpus iuris Zeugniss ab. [148]) Man wird deshalb nicht fehlgehen, wenn man annimmt, dass die a. metus causa anfänglich allein gegen den Zwingenden gegeben worden sei, und dass erst allmählig die Jurisprudenz die allgemeine, unpersönliche Fassung der Formel benutzt habe, die, durch die Billigkeit geforderte Hülfe auch Dritten gegenüber zu gewähren. [149]) Dafür spricht, dass nach ihrem ursprünglichen

---

[147]) Dass die a. in rem erst nach Einführung der a. metus causa in Gebrauch gekommen ist, dafür darf man als ein äusseres Zeugniss wohl mit Bekker (Aktionen II. S. 83) und Spaltenstein (a. a. O. S. 143) c. 3 de his quae vi 2, 20 (postquam placuit in rem quoque dari actionem rel.) ansehen.

[148]) Vgl. Schliemann a. a. O. S. 43 ff.

[149]) Diese Auffassung hat mit dem Verlangen, die Gestalt einer Person solle sich nach dem Schnitt des für sie verfertigten Gewandes richten —

Zweck die a. metus causa nur ein Mittel sein sollte, den Gewaltthätern aus der Sullanischen Schreckenszeit ihre Beute zu entreissen. [150] Höchst auffällig aber müsste es erscheinen, dass die Klage, bei schon zur Zeit ihrer Einführung beabsichtigter Gewährung gegen jeden Dritten, mit unnöthiger Strenge auch dem Unschuldigen die Condemnation in das Vierfache angedroht haben sollte, während diese Drohung nicht einmal dem Erben des Zwingenden gegenüber Platz griff. Schwerlich hätte auch Ulpian noch für diese Strenge ein Wort der Rechtfertigung für nöthig gehalten [151], wäre schon von Altersher die a. metus causa gegen jeden Dritten in Uebung gewesen. Jedenfalls muss es also eine Zeit gegeben haben, wo die a. metus causa noch nicht gegen jeden Dritten half, und zur Ausfüllung dieser Lücke wird die utilis actio in rem bestimmt gewesen sein. Dass aber auch nach Einführung der letzteren die Juristen die Tendenz nach möglichster Erweiterung des Anwendungsgebietes der a. metus causa noch immer weiter verfolgte, erklärt sich leicht aus dem Vorzuge, den sie vor der a. in rem durch die Condemnatio in quadruplum und die hieraus folgende intensivere Wirkung des arbitrium voraus hatte. Nach

ein ihr von Rudorff, Zsch. f. gesch. Rechtsw. XII S. 160 vorwurfsvoll entgegengehaltener Vergleich — Nichts gemein. Das von vornherein etwas weit gerathene Gewand wurde auch noch benützt als die Gestalt ausgewachsen und es vollständig auszufüllen im Stande war: ein Beweis für den sparsamen Sinn der Römer. Welcher Fülle zur Anerkennung drängender neuer Rechtsideen hat nicht die Jurisprudenz auch Eingang in das Leben dadurch verschafft, dass sie die condictio certae pecuniae allmählig weit über ihr ursprüngliches Anwendungsgebiet ausdehnte! Vgl. Voigt, Condictionen S. 242 ff. Ueber die römische »Kunst sich zu behelfen«, vgl. Jhering, Geist d. r. R. III, 1 S. 229 ff.

[150] Cicero ad Qu. fr. I, 1, 7 (20): Cogebantur Sullani homines quae per vim abstulerant, reddere.

[151] Vgl. l. 14 § 3 qu. m. c. — nec cuiquam iniquum videtur ex alieno facto alium in quadruplum condemnari, quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur.

Einführung der a. in rem wird vermuthlich die unbeschränkte Gewährung der a. metus causa auch gegen Dritte nicht lange mehr auf Widerstand gestossen sein.

---

§ 13.

Condictio ob turpem causam. — Heutiges Recht.

Es ist im Vorstehenden überall davon ausgegangen, dass, wo gegen die civilrechtlichen Folgen erzwungener Geschäfte Hülfe erfordert ward, dieselbe nur vom prätorischen Recht geleistet worden sei. Hierin liegt der Schein einer Ungenauigkeit, welcher durch nachfolgende Bemerkungen zerstreut werden soll.

Unsere Quellen weisen in zwei Stellen darauf hin, dass schon das Civilrecht selbst ein Correctiv gegen den Zwang in Bezug auf seine eigenen Consequenzen enthalten habe. In l. 4 § 2 de cond. o. t. c. 12, 5 (Ulpian l. XXVI ad ed.):

> Quotiens autem solius accipientis turpitudo versatur, Celsus ait repeti posse, veluti si tibi dedero, ne mihi iniuriam facias.

und l. 7 eod. (Pomponius (l. XXII ad Sabin.):

> Ex ea stipulatione, quae per vim extorta esset, si exacta esset pecunia, repetitionem esse constat.;

ist die condictio ob turpem causam zur Wiedererlangung eines in Folge von Drohungen verlorenen Vermögenswerthes für zuständig erklärt. Es lässt sich indess auf Grund dieser Stellen in keiner Weise ein Urtheil fällen, ob die condictio bei, durch iustus metus erzwungenen Geschäften jemals praktische Anwendung gefunden hat, oder ob nicht Celsus und Pomponius ihre Zulässigkeit in einem rein theoretischen Zusammenhange ausgesprochen haben, auf Grund der blossen

Erwägung, dass in der Annahme eines erpressten Vermögensvortheils eine turpitudo liegt. Hierfür spricht zunächst die Stelle des Pomponius. Er handelt von Zahlung einer in Folge eines Zwanges promittirten Summe, ohne eines auch zur Beitreibung derselben angewendeten Zwanges Erwähnung zu thun. Dass die freiwillige Erfüllung einer erzwungenen Promission durch die prätorischen Rechtsmittel nicht revocirt werden konnte, sagt uns c. 2 de his quae vi (Alexander).[152] Es kann nicht zweifelhaft sein, dass der Gezwungene in gleicher Weise auch von der Condictio ausgeschlossen war, wenn er, statt das Stipulationsversprechen angriffsweise oder durch exceptio zu elidiren, freiwillig leistete. Jedenfalls war also der bei der Stipulation stattgehabte Zwang ein für die condictio unerhebliches Moment: wenn die Zahlung freiwillig erfolgte, weil er dann als Schenker galt;[153] wenn auch die Zahlung erzwungen war, weil dann zunächst diese Thatsache zur Begründung der condictio genügen musste. Es ergiebt sich also, dass Pomponius sich wohl in die praktische Gestaltung des Falles nicht hineinversetzt, und nur auf Grund einer ganz äusserlichen Erwägung geurtheilt hat.

Schwerlich ist es auch zu glauben, dass nach Einführung der actio metus causa noch Jemand die viel weniger vortheilhafte condictio o. t. c. werde angestellt haben, sobald die erstere zuständig war. War sie aber jemals praktisch, so musste sie nothwendig bei der Subsidiarität der a. metus causa post annum nach Ablauf des annus utilis dieser überall vorangehen. Das

---

[152] ‚Quum te non solum cavisse, verum etiam solvisse pecuniam confitearis, qua ratione ut vim passus restitui, quod illatum est, postules, perspici non potest, quando verisimile non sit, ad solutionem te properasse omissa querela de chirographo, utpote per vim extorto, nisi et in solvendo vim te passum dicas.‘

[153] l. 53. 82 de R. J. v. Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen S. 355. Bähr, Anerkennung S. 75.

hierdurch bedingte, verhältnissmässig öftere Vorkommen der condictio hätte daher ihre Erwähnung bei den römischen Juristen gerade in dem Zusammenhang der Lehre vom Zwange erwarten lassen; in keinem der von ihr ex professo handelnden Fragmente aber ist auch nur die leiseste Hindeutung auf sie zu finden; am Auffälligsten muss es erscheinen, dass Ulpian bei der Erörterung der Subsidiarität der a. metus causa post annum in l. 14 § 2 h. t. der condictio als einer überall principaliter zuständigen Klage nicht mit einem Worte gedenkt.

Setzt man nun noch mit Voigt, Witte, Demelius die unzweifelhaft im Wege der disputatio fori und der Interpretation erfolgte Ausbildung dieser condictio erst in die Zeit gegen Ende der Republik oder in den Anfang der Kaiserzeit, was nach den Ausführungen der Genannten die grösste Wahrscheinlichkeit haben möchte[154], so verliert die Annahme, dass die Jurisprudenz die Anwendung der condictio certae pecuniae auch bei erzwungenen Geschäften durchgesetzt hätte, völlig den Boden, weil dieser Entwicklungsprozess sich dann nach Einführung der a. metus causa, also zu einer Zeit vollzogen haben müsste, wo ein Bedürfniss hierfür nicht mehr vorlag.

---

[154]) Vgl. Voigt, Condictiones S. 245 ff. Witte, die Bereicherungsklagen des gem. R. S. 48 ff. Demelius in der Zsch. f. Rechtsgesch. II. S. 212 Anm. 99. A. M. Bekker, Aktionen I S. 106. Schliemann a. a. O. S. 4 hält die zeitliche Priorität der condictio o. t. c. vor dem Octavianischen Edict für sicher, ohne diese Meinung indess zu begründen. Die von Rudorff (Zsch. f. gesch. Rechtswissensch, XII S. 135) angeführte Stelle aus Cicero, Divin. c. 5, 18 beweist Nichts für die Priorität, sondern ist auf die durch specielle Repetundengesetze zum Schutze auch der Privaten eingeführten Rechtsmittel zu beziehen; vgl. Voigt a. a. O. S. 237 ff. Ebensowenig wird hieher zu ziehen sein Cicero de off. I, 10, 32 sq.: nam illis promissis standum non esse quis non videt, quae coactus quis metu, quae deceptus dolo promiserit? Quae quidem pleraque iure praetorio liberantur, nonnulla legibus, — welches letztere Wort gleichfalls nur auf Spezialgesetze (Repetundengesetze, lex Plaetona) bezogen werden kann.

Demnach wird man den erwähnten Aeusserungen von Celsus und Pomponius nicht die Bedeutung eines Zeugnisses über das praktische Recht, sondern nur die einer theoretischen Meinung beimessen dürfen.[155] —

Die Anwendung der für das römische Recht gewonnenen Resultate auf das heutige Recht ist leicht gefunden. Da der Gegensatz zwischen Civilrecht und prätorischem Recht für uns weggefallen ist, so haben wir überall, wo eine Handlung zu den Voraussetzungen einer rechtlichen Wirkung gehört, auch Freiheit von Zwang mit zu diesen Voraussetzungen zu rechnen, gleichviel ob im römischen Recht die schon durch das Civilrecht oder erst durch das prätorische Recht gefordert ward. Die beschränkte Berücksichtigung, welche dem Zwang bei der Testamentserrichtung durch die Kaisergesetzgebung zu Theil geworden ist, ist in jener Beschränkung auch heut aufrecht zu erhalten. In allen übrigen im Vorangegangenen untersuchten Fällen hat sich überall Unwirksamkeit der erzwungenen Rechtshandlung entweder nach Civilrecht oder nach prätorischem Recht ergeben; in allen diesen Fällen ist daher, soweit sie noch praktische Institute betreffen, auch h. z. T. Unwirksamkeit anzunehmen. Hieraus folgt indess nicht, dass überall derjenige, der sich auf einen, eine Handlung ein-

---

[155]) Der condictio o. t. c. und dem Ausspruch des Celsus lässt sich hier eine praktische Bedeutung nur dadurch retten, dass man zu ihrer Begründung auch eine nicht so, wie für die Anwendung des Edicts erforderlich, qualificirte Bedrohung für ausreichend erachtet, weil auch bei geringeren Drohungen behufs Erpressung eines Vermögensvortheils schon eine turpitudo gefunden werden kann. Mit dem allgemein gehaltenen Ausdruck in l. 4 § 2 de cond. o. t. c. cit. würde dies verträglich erscheinen. Wie dem aber auch sein möge, auch so hat die condictio keinerlei specifisches Interesse für die Lehre vom Zwange. — Das ‚constat‘ in l. 7 cit. muss nicht nothwendig von einer constanten Praxis, sondern kann ebenso gut von einer nur theoretischen Unzweifelhaftigkeit verstanden werden.

schliessenden rechtlichen Thatbestand beruft, auch die Abwesenheit eines Zwanges beweisen müsse. Die Abwesenheit von Zwang gehört vielmehr zu denjenigen Umständen, welche, wie Abwesenheit von Irrthum, Scherz, Simulation, Trunkenheit als erwiesen angenommen werden [156], sofern nicht der Gegner den Gegenbeweis ihres Vorhandenseins führt. Der Gezwungene hat den Zwang einzuwenden (Einrede im heutigen Sinne) und zu beweisen.

Ueber die Anwendbarkeit der verschiedenen im römischen Recht gewährten Rechtsmittel ist Folgendes zu bemerken.

Wem durch Zwang eine Sache entzogen ist, der kann von dem Zwingenden unbedingt, so wie von jedem Dritten, der die Sache besitzt, gestützt auf die Thatsache des Zwanges die Herausgabe und eventuell nach den im römischen Recht für den Fall des Ungehorsams gegen den Restitutionsbefehl geltenden Grundsätzen Schadensersatz fordern. Er kann aber auch die dingliche Klage anstellen, ohne hierbei schon in der Klage auf den gegen ihn geübten Zwang Bezug zu nehmen, wie bei der römischen a. in rem utilis erfordert war; dies wäre im heutigen Recht nichts Anderes als Anticipation einer Replik (im heutigen Sinne). Er darf vielmehr den Einwand, dass er sein Eigenthum verloren habe, abwarten, um denselben durch die Replik des Zwanges (im h. S.) zu elidiren. Dies folgt aus der Unwirksamkeit der erzwungenen Tradition. [157]

---

[156] Vgl. Bayer, Vorträge über den gem. ord. Civ. Proz. § 227, 1, 2. Burckhard, Präsumtionen S. 152 ff.

[157] Mit dem Wegfall des Unterschiedes von bonitarischem und quiritischem Eigenthum im justinianischen Recht ist die im corpus iuris beim Zwange vorkommende in rem actio für das genannte Recht mit der gewöhnlichen Vindication und publicianischen Klage zusammengefallen. Nur vom Standpunkte des justinianischen Rechts erscheint daher die Darstellung von Czyhlarz S. 44 ff. (vgl. oben S. 104) verständlich; seine im Uebrigen rein historische Behandlung der Lehre vom Zwange, und der Gebrauch der Ausdrücke exceptio dominii und replicatio metus, welche schon für

Ist Jemand zur Befreiung seines Schuldners gezwungen worden, so geht die Forderung nach heutigem Rechte nicht unter; er kann ohne Bezugnahme auf den Zwang die ursprüngliche Klage gebrauchen, und dem Einwand (im h. S.) der erfolgten Liberation die Replik des Zwanges entgegensetzen. Zugleich wird ihm aber auch die a. metus causa gegen den Schuldner auf Anerkennung des Fortbestandes der Schuld oder nach Lage des Falles auf Herausgabe der ertheilten Quittung, des zurückgegebenen Schuldscheins oder Wechsels (beziehungsweise auf Ausstellung neuer Urkunden), und wenn der Zwingende nicht selbst der Schuldner war, auch gegen Ersteren auf Herbeiführung jenes Anerkenntnisses u. s. w. seitens des Schuldners, eventuell auf Leistung des Interesse gewährt werden müssen.

Gleichermassen muss derjenige, der gezwungen sich obligirt hat, die a. metus causa auf Liberirung[158] (Herausgabe der Schuldurkunde, des Wechsels), eventuell auf Leistung des Interesse haben.[159]

---

§ 14.

Das Dogma: ‚coactus voluit‘.

Der rein historische und formelle Charakter des Gegensatzes von civilem und prätorischem Rechte schliesst die Möglichkeit völlig aus, die dem Zwange im classischen römischen Recht zu Theil gewordene Behandlung — Elidirung

---

das justinianische Recht ihre Bedeutung völlig geändert hatten, lässt nicht errathen, dass er eben nur jenen, nicht den Standpunkt des classischen Rechts einnehmen wolle.

[158]) Vgl. Bähr, Anerkennung S. 320.

[159]) Wegen der Frage nach der heutigen Anwendbarkeit des quadruplum vgl. Windscheid, Pand. II § 462 Anm. 9. § 263 Anm. 15.

der aus dem erzwungenen Geschäfte ipso iure hervorgehenden Rechtsfolge durch prätorische Hülfe — aus den materiellen Rechtsanschauungen der Römer über das Wesen des Zwanges und der Willensfreiheit herzuleiten. War nach Civilrecht die Freiheit des Willens beim Geschäftsschluss keine Voraussetzung für die rechtliche Wirksamkeit der Geschäfte, und wollte der Prätor demnächst das entgegengesetzte Prinzip zur Anerkennung bringen, so war hierfür ein anderer Weg gar nicht möglich, als der der exceptio, der actiones in factum und der in integrum restitutio, und ein Punkt nicht denkbar, an welchem die bei den Römern etwa herrschenden philosophischen Anschauungen über Freiheit und Zwang praktischen Einfluss auf die formelle Rechtsgestaltung hätte entfalten können. Man müsste denn glauben wollen, die Römer hätten, nachdem einmal der Gedanke, dem Zwange im Recht Berücksichtigung zu schenken, sich festgestellt, eine philosophische Untersuchung darüber angestellt, ob diese Berücksichtigung ipso iure, also durch Abänderung des bestehenden ius civile, oder nur indirect durch das prätorische Recht stattzufinden habe; oder dass der Prätor, bevor er sein Edict über vis et metus erliess, eine ähnliche Erwägung angestellt haben möchte. Es bedarf keines Wortes, das völlig Unglaubliche einer solchen Annahme darzuthun. Die zahllosen Gewaltthätigkeiten der Sullanischen Zeit forderten Abhülfe für die Geschädigten, und da eine solche nach dem bestehenden Civilrecht nicht, oder nicht wirksam genug gewährt werden konnte, so schaffte sie der Prätor auf kürzestem Wege durch Erlass seines Edicts. An die Grundsätze der stoischen oder einer anderen Philosophie wird dabei schwerlich weder Octavius noch irgend ein anderer Römer auch nur gedacht haben.

Mit dieser Auffassung, welche mit der sonst überall beobachteten Art der Fortentwicklung des römischen Rechts auf empirischem und casuistischem Wege sich in Uebereinstimmung

befindet, disharmonirt freilich die herrschende, zuerst durch Savigny in Ansehen gebrachte Meinung sehr erheblich. Die praktische Behandlung des Zwanges bei den Römern soll darauf beruhen, dass sie mit dem äussersten Zwange die Existenz der freien Bethätigung des Willens verträglich gehalten hätten; ja noch mehr. Der Satz ‚coactus voluit' soll der allein richtige Ausdruck für das Verhältniss von Zwang und Wille sein.

Hätte die Theorie sich in der Lehre vom Zwange darauf beschränkt, das Positive, das unsere Quellen darbieten, aus denselben herauszuschöpfen und systematisch zu begreifen, so würde die Frage nach dem wahren Verhältniss von Zwang und Freiheit als eine Frage von lediglich philosophischem Interesse aus dem Gebiete juristischer Betrachtung ganz auszuschliessen und der Metaphysik zu überweisen sein. Das Dogma ‚coactus voluit' ist aber wie ein wirklicher Rechtsgrundsatz angesehen und zur Begründung von Rechtsregeln benutzt worden. Dadurch wird eine nähere Prüfung jenes Dogma's Bedürfniss, und es ist davon hier in einem selbstständigen Zusammenhange zu handeln, obwohl im Laufe der vorangehenden Untersuchung wiederholt auf die Widersprüche, in welche das Dogma sich nothwendig verwickeln muss, hingewiesen ward.

Den Ausgangspunkt für die Meinung, es habe jenes Dogma die Grundlage der römischen Lehre vom Zwange gebildet, boten die bekannten Worte des Paulus in l. 21 § 5 h. t.:

> ‚quamvis si liberum fuisset, noluissem, tamen coactus volui.'

Wie wenig dogmatischen Werth, — und zwar mit Recht — man den allgemeinen Betrachtungen der römischen Juristen der Regel nach beizulegen pflegt, wie sehr man sonst bemüht gewesen ist, nach den praktischen Rechtsregeln, nicht nach den allgemeinen Sentenzen, die sie uns zuweilen geben, den Inhalt des römischen Rechts zu bestimmen, so liess man sich

hier einen einzigen Ausspruch des Paulus genügen, um aus ihm die Grundidee der römischen Lehre vom Zwange zu schöpfen.[160] Kann aber, wenn ein einziger römischer Jurist gelegentlich einen geltenden Rechtssatz durch einen philosophischen Satz erklärt, hieraus schon geschlossen werden, dass dieser philosophische Satz den treibenden Gedanken enthalten habe, von dem aus die Römer die juristische Gestaltung dieser Materie unternommen? Müssen die philosophischen Ideen des Paulus in dieser Frage nothwendig auch schon mehr als ein Vierteljahrtausend früher, da Octavius sein Edict über den Zwang erliess, die herrschenden gewesen sein?

Vielleicht werden wir es annehmen dürfen, wenn denselben eine so unmittelbar überzeugende Kraft beiwohnt, dass sie nothwendig jedem denkenden Kopfe einleuchten mussten. Wir müssen also das Dogma, losgelöst von seinem angeblichen Bestande im römischen Recht, auf den ihm an sich beiwohnenden Werth prüfen.

Der Umstand, dass Savigny es war, der dem Satze: »Zwang hebt die Freiheit des Willens nicht auf«, in der neueren Jurisprudenz Eingang verschafft hat, wird es rechtfertigen wenn die folgende Ausführung sich zunächst an seine eigenen Worte anschliesst, um dem Blick völlig klar zu stellen, was die herrschende Lehre behauptet, und wie das Behauptete bewiesen ward.

Die Behauptung bei Savigny[161] lautet:

»Freiheit ist die Fähigkeit, unter mehreren denkbaren »Entschlüssen eine Wahl zu treffen. Dass diese Fähigkeit »bei dem Gezwungenen, d. h. dem Bedrohten, wahrhaft »vorhanden ist, kann nicht bezweifelt werden.«

---

[160]) Aus l. 22 de R. N. und l. 17 pr. qui et a quib. 40, 9 (vgl. oben S. 65 u. 71) allein, und ohne l. 21 § 5 h. t. wäre man schwerlich zu dem Dogma gelangt.

[161]) System III S. 102 f.

Dass Savigny hier nur eine Bedrohung von der Qualität, wie sie die Römer zur Anwendung des Edicts forderten, im Sinne hat, ist selbstverständlich, und ergiebt sich auch aus dem weiteren Verlauf seiner Darstellung.

Die gewöhnliche und auf den ersten Blick natürlich erscheinende Anschauungsweise geht unbestreitbar dahin, dass, wer Etwas gezwungen thut, es nicht freiwillig thue, dass dem Gezwungenen also die freie Wahl zwischen mehreren denkbaren Entschlüssen genommen sei.[162] Savigny macht denn auch am Eingange seiner Untersuchung das Zugeständniss:

»Allerdings liegt es sehr nahe, Zwang und Freiheit als »einander ausschliessende Zustände anzusehen, mithin die »Freiheit schlechthin zu verneinen.« »Dennoch«, fährt er fort, »müssen wir bei näherer Betrachtung diese Ansicht »gänzlich aufgeben.«

Diese genauere Betrachtung hat uns Savigny aber vorenthalten, und Alles, was nun zur Widerlegung der gewöhnlichen Auffassung folgt, ist dieses:

»Mit den speculativen Schwierigkeiten des Freiheits»begriffes haben wir im Rechtsgebiete Nichts zu schaffen; »uns berührt blos die Freiheit in der Erscheinung, d. h. die »Fähigkeit, unter mehreren denkbaren Entschlüssen eine »Wahl zu treffen. Dass aber diese Fähigkeit bei dem Ge»zwungenen, d. h. dem Bedrohten, wahrhaft vorhanden ist, »kann nicht bezweifelt werden. Er hat die Wahl sogar »zwischen Drei möglichen Entschlüssen: die Handlung vor»zunehmen, wozu ihn der Drohende bestimmen will; das »gedrohte Uebel durch Widerstand abzuwehren; oder end»lich dieses Uebel zu erdulden. Hat er nun den ersten dieser

---

[162]) Es wäre unnöthig, dafür, dass auch den Römern diese Anschauung die geläufige gewesen sei, aus der unzähligen Masse von Stellen, wo sie coactus und invitus, liber und sponte als sich ausschliessende Gegensätze behandeln, Beispiele anführen zu wollen.

»drei Wege erwählt, so ist die Freiheit der Wahl, also seines »Willens, wahrhaft vorhanden, und wir müssen das wirk- »liche, nicht blos scheinbare Dasein einer Willenserklärung, »z. B. eines Vertrages, mit allen daran geknüpften Rechts- »wirkungen unbedenklich anerkennen.«

Diese Worte enthalten offenbar nicht den Beweis, dass der gezwungen Handelnde dennoch frei handle, sondern eben nur die zu beweisende Behauptung, und einem Beweise begegnen wir auch anderwärts nicht. Wenn aber gerade das Gegentheil dessen, was zunächst als selbstverständlich und der natürlichen Auffassung entsprechend scheint, behauptet wird, so können wir uns gewiss mit der Berufung auf die Selbstverständlichkeit jenes Gegentheils nicht begnügen, sondern müssen auf weiterem Beweise bestehen.

Um in der ganzen Frage Klarheit zu erlangen, muss man die speculativen Schwierigkeiten des Freiheitsbegriffes, — womit Savigny ohne Zweifel das tiefe und schwierige Problem der Philosophie, ob es eine Freiheit des Willens gebe, meint — nicht bei Seite setzen, sondern scharf in das Auge fassen, da der Freiheitsbegriff den Angelpunkt der Frage bildet.

Die Schwierigkeit des Problems liegt in dem unlösbaren Widerspruche zwischen dem Gesetz der Causalität und der Idee eines freien Willens.[163]

Nach einem Gesetze, welches zu verleugnen dem menschlichen Verstande eine Unmöglichkeit ist, hat Alles, was geschieht, eine Ursache, mithin die Ursache des Geschehenen wiederum eine Ursache und so fort. Dem Verstande ist es nicht fassbar, dass in der Reihe der Erscheinungen ein Glied

---

163) Vgl. über dieses Problem: Kant, Kritik der reinen Vernunft (Kirchmann) S. 439 ff. Kritik der prakt. Vernunft (Kirchmann) S. 113 ff. und A. Schopenhauer's gekrönte Preisschrift: »Ueber die Freiheit des menschlichen Willens« (in: die beiden Grundprobleme der Ethik. 2. Aufl. Leipzig 1860 S. 1 ff.).

sich finde, welches nicht durch ein vorangegangenes nach dem Gesetz der Causalität hervorgebracht wäre, sondern unabhängig von aller vorgängigen Ursache aus sich selbst seinen Anfang genommen hätte, und eine ganz neue, durch Nichts vorher bedingte Reihe von Erscheinungen anhöbe. Mit diesem Gesetze kann daher auch ein freier Wille in einer dem Verstande fassbaren Weise nicht bestehen; denn danach kann auch die menschliche Handlung als eine Erscheinung der Sinnenwelt ohne vorgängige, sie streng necessitirende und ihrerseits selbst wiederum durch andere Ursachen necessitirte Ursache nicht gedacht werden; ein freier, sich aus sich selbst bestimmender Wille könnte darum als Ursache einer Handlung nicht zugelassen werden, weil er ja nach seinem Begriffe eine ihn selbst bedingende Ursache ausschliesst.

Der Verstand mag sich gegen die Idee der Willensfreiheit auflehnen; dennoch lebt sie, unbegreiflich zwar, aber doch unvertilgbar im Menschen. Recht und Moral haben ihren Boden in ihr; kein rechtliches, kein moralisches Urtheil könnte bestehen ohne die fest in uns wurzelnde Idee, dass jeder Mensch selbst der Thäter seiner Thaten sei. Das Gefühl der Verantwortlichkeit für die eigenen Handlungen und Unterlassungen, das Gewissen ist somit die eigentliche Quelle der Idee der Willensfreiheit.

Wie die Antinomie zwischen Naturgesetz und Willensfreiheit zu lösen, diese Aufgabe liegt freilich jeder Rechtsbetrachtung fern, weil die Idee des freien Willens eben die alleinige und unentbehrliche Grundlage alles Rechtes bildet.

Dennoch musste dieses Problem wenigstens seinem Inhalte nach dargelegt werden, weil nur das Verständniss desselben uns auf das Prinzip führen kann, aus welchem wir die Frage, ob der Zwang die Freiheit des Willens nicht aufheben könne, zu entscheiden haben. Diese Frage erscheint in diesem Zusammenhange nur als ein Theil der allgemeineren: Ist die Freiheit des Willens begrenzt oder nicht? Offenbar kann es

aber für die Entscheidung dieser Frage kein anderes Erkenntnissmittel geben, wie für die nach der Existenz einer Willensfreiheit überhaupt. Wie auf diese, so kann auch auf jene nicht der Verstand, sondern allein die innere moralische Ueberzeugung, das Gewissen die Antwort ertheilen. Hierbei ist aber festzuhalten, dass wir vom Menschen als Gattungsbegriff nichts Anderes prädiciren können, als was wir von den Menschen als Einzelnen festzustellen vermögen, und dass für das Recht insbesondere nur entscheidet, was die Regel bildet, nicht, was vereinzelt als Ausnahme vorkommen kann. [164])

Ist also unsere Freiheit unbegrenzt? Steht unser Wille jedwedem Motiv von noch so gewaltiger Macht frei gegenüber, so dass er sich stets aus sich selbst bestimmen und sich frei über dasselbe erheben kann? Oder giebt es Fälle, wo uns das innere Gefühl verlassen dürfte, dass wir das Gethane als unsere eigene That anerkennen müssen; wo wir das Motiv, das auf Jemand gewirkt, der mechanischen Gewalt völlig gleichstellen und sagen müssen: Hier hatte die Freiheit des Handelnden eine Grenze, hier tritt das Verstandesgesetz der natürlichen Causalität wieder in sein Recht; dieses Motiv musste auf dieses Individuum diese Wirkung hervorbringen, die Handlung ist daher keine frei gewollte? Giebt es Fälle, wo man dem bei vollem Bewusstsein gewesenen Urheber des Geschehenen nicht entgegenhalten kann: »Du musst die Folgen dieser Handlung tragen, sie verantworten, denn Du hast sie durch Deine Handlung hervorgerufen?« Wer alle diese Fragen seinem moralischen Gefühl, der inneren Stimme gleichsam vorlegt, welcher das Bewusstsein für die sittliche Verantwortlichkeit entspringt, muss, glaube ich, zu der Ueberzeugung gelangen: die Freiheit des menschlichen Willens ist endlich und begrenzt, — und wir geben dieser Ueberzeugung allgemein praktischen Aus-

[164]) cf. l. 3—6 de leg. 1, 3.

druck, wenn wir in unserem moralischen und im rechtlichen Urtheil die Uebermacht des Motivs, sofern dieses selbst nicht ein moralisch verwerfliches ist, als Entschuldigungsgrund für sonst zu missbilligende Handlungen gelten lassen. Forschen wir aber nach den Gründen, welche der Bethätigung eines freien Willens eine Schranke zu setzen vermögen, so bietet sich uns zu allererst die Einwirkung auf das Gemüth durch schwere Drohungen dar. [165]

---

[165]) Stahl (Rechts- und Staatslehre 2. Aufl. I § 43) hat bei der Prüfung der Grenze der Willensfreiheit lediglich den Fall vor Augen, wo der Mensch mit bösen Leidenschaften, mit moralisch verwerflichen Motiven im Kampfe liegt; hier stimmt freilich die Annahme der Grenzenlosigkeit der Willensfreiheit mit den Anforderungen, welche wir an die Willensstärke des Menschen nach unseren moralischen Anschauungen unbedingt stellen, überein. Die Berücksichtigung der Fälle, wo die Handlung aus moralisch nicht verwerflichen Motiven hervorgeht, und wo auch nach allgemein menschlicher Schätzung das Nachgeben gegenüber dem Motive nicht als unsittlich gilt, — und hieher gehören die Fälle des unwiderstehlichen Zwanges in ihren juristisch erheblichen Gestaltungen — würde Stahl vermuthlich zu einer Einschränkung seines Urtheils veranlasst haben. — Berner (Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre S. 49) huldigt unbeschränkt dem Dogma ,coactus voluit'; auch die durch schwere Drohungen veranlasste Handlung erklärt er für zurechenbar, aber — für straffrei. Also auch hier ein: ,sed restituendus sum'. In dem Begriffe des Zurechnens, wenn anders er eine wissenschaftliche Bedeutung haben soll, liegt aber schon ein Verurtheilen, das Anerkenntniss einer Verantwortlichkeit, und hieraus müsste bei blos moralischer Beurtheilung sich stets ein moralisch verwerfendes Urtheil, bei strafrechtlicher aber die Bestrafung sich als nothwendig ergeben, wenn die Handlung, abgesehen von der stattgehabten Bedrohung, moralische oder rechtliche Verurtheilung nach sich ziehen müsste. Zurechnen und für schuldig erklären sind nicht zwei verschiedene Urtheile, sondern ein und dasselbe; deshalb ist es auch eine contradictio in adiecto, wenn Berner, Lehrb. des d. Strafrechts § 85, bei dem Nothstande zwar ein Unrecht als vorhanden annimmt, aber Straflosigkeit eintreten lässt, weil dasselbe entschuldigt werde. (Es ist nach Berner's Darstellung nicht zu zweifeln, dass er hier unter »Unrecht« nicht blos das objective, »unbefangene« Unrecht verstanden hat.) Indem ich eine Handlung für Unrecht erkläre, beschuldige ich den Urheber; will ich nun dieselbe Handlung bei auch im Uebrigen unveränderten Umstän-

Aber auch die äussere Erfahrung unterstützt die Annahme der Begrenztheit der Willensfreiheit. Abstract freilich können wir als möglich denken, dass Jedermann, selbst der schwersten Bedrohung gegenüber, seinen Gleichmuth bewahren, und kaltblütig zu überlegen im Stande sei, ob er lieber den Tod, oder den Verlust eines Vermögensstückes wählen solle; aber doch nur ebenso, wie wir uns etwa vorstellen könnten, dass der geworfene Stein auf seinem Wege sich überlegen könne, ob er schwebend in der Luft verbleiben, oder zur Erde fallen solle. Die Erfahrung lehrt uns, dass der geworfene Stein immer zur Erde gelangt, und deshalb fehlt es uns an dem Beweise für seine Ueberlegung. Die Erfahrung lehrt uns aber auch, dass Leben, Gesundheit und Freiheit die Güter sind, an denen die grosse Masse der Menschen am meisten hängt, und dass der drohende Verlust dieser Güter in dem überwiegend grössten Theil der Fälle ihr Handeln nur nach Einer Richtung hintreibt, nach dem Hafen, der jene Güter rettend aufnimmt. Ich übersehe hierbei nicht die erhabenen Beispiele von Seelengrösse und Heldenmuth, in denen aus freier Selbstbestimmung Freiheit und Leben für eine hohe Idee geopfert worden sind;

---

den entschuldigen, so ist entweder dieses oder das erstere Urtheil falsch. — Dieser Fall bietet zugleich ein vereinzeltes Beispiel, wie der Begriff der peremtorischen Einrede in seiner unrichtigen materiellen Bedeutung im Strafrecht angewendet worden ist. — Nur scheinbar findet sich der Begriff einer entschuldbaren Strafthat im code pénal art. 65 (Nul crime ou délit ne peut être excusé —, que dans les cas et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable. — —) Denn in art. 64 heisst es correct: Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu' il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister. — Dem deutschen Reichsstrafgesetzbuch (§ 51 ff.) ist die Unterscheidung von Handlungen, die nicht zugerechnet werden können, und solchen, die es können, aber entschuldigt werden, fremd. — Die hier entwickelte Auffassung wird im Wesentlichen getheilt von Geyer in v. Holtzendorff's Encyclopädie (1. Aufl.) I S. 510. 513.

allein diese Fälle beweisen nicht die Unbegrenztheit der menschlichen Freiheit überhaupt, sondern nur, dass ihre Grenze ausnahmsweise ungewöhnlich weit hinausgeschoben sein kann.[165a]) Für das Recht aber kommt nur das dem gewöhnlichen Lauf der Dinge Entsprechende in Betracht, das Normale, nicht das Ausserordentliche ist hier bestimmend; iura constitui oportet, ut dixit Theophrastus, in his quae ἐπὶ τὸ πλεῖστον accidunt, non quae ἐκ παραλόγου. (l. 3 de leg.) Auch ist es nicht der erhebende, die Energie des Willens stählende Conflict zwischen dem Bekenntniss zu einer grossen Idee und dem Hängen an Gütern, die, das Leben nicht ausgenommen, jenen gegenüber klein erscheinen müssten; im Recht stehen auf der einen Seite Leben, Gesundheit und Freiheit, auf der anderen Geld und Gut.

Fehlt es uns demnach an der Erfahrung, dass in diesem letzteren Conflicte die Entscheidnng des Bedrohten bald dieses, bald jenes Interesse vorziehe, zeigt sie uns vielmehr, dass in der weit überwiegenden Zahl der Fälle der drohende Verlust von Leben, Gesundheit und Freiheit die Menschen zur Aufgabe aller anderen Güter treibt, müssen wir ferner hierbei nach innerer Ueberzeugung jede Verantwortlichkeit des Handelnden leugnen, so ergiebt sich dieselbe Anschauungsweise, welche sich zunächst als die natürliche darbot, und nach der die Begriffe Zwang und Freiheit, coactus und volens für sich ausschliessende, coactus und invitus für correlate gelten, auch wissenschaftlich die allein zulässige ist, weil die natürliche, unmittelbare Ueberzeugung das allein mögliche Erkenntnissmittel in unserer Frage bildet.[166])

[165a]) Vgl. hierzu auch Cicero, de off. I 31 § 112.

[166]) Das Horazische ‚Naturam expellas furca, tamen usque recurret‘ hat sich auch hier bewährt. Denn immer und immer wieder sehen sich die Vertreter des Dogma's ‚coactus voluit‘ genöthigt, in den Einzelnheiten der Lehre auf den durch den Zwang ausgeschlossenen Willen zu recurriren,

Man könnte vielleicht geneigt sein, dieser ganzen Deduction eine Bedeutung für das Civilrecht abzusprechen, und zu fragen: Was hat, abgesehen etwa von den Privatdelicten, der Begriff der Verantwortung im Civilrecht zu thun? Allein, auch wenn man allgemein im Civilrecht den Willen als dispositives Element als entscheidend ansieht, so erscheint doch

---

wobei sie nur durch Gebrauch eines veränderten Ausdrucks (z. B. »mangelnde Spontaneität« für »mangelnde Willensfreiheit«) sich selbst in eine Täuschung darüber versetzen, dass sie in der Sache gegen ihr eigenes Dogma verstossen. Vgl. z. B. Czyhlarz a. a. O. S. 27, wo die sponte und freiwillig geleistete Pollicitation der erzwungenen entgegengesetzt sind, S. 29, wo der Zwang den Willen des Testators unfrei macht u. s. w. Czyhlarz (S. 29. 31) nennt allerdings den unfreien Willen auch noch einen Willen, aber doch in völliger Entfernung sowohl von dem philosophischen Begriff des Willens (vgl. Hegel, Rechtsphilosophie § 4: »Der Wille, welcher frei ist, so dass die Freiheit seine Substanz und Bestimmung ausmacht.« Gerhard bei Stahl a. a. O. § 40: »Liberum et voluntarium sunt synonyma, ac voluntatem non liberam dicere, est perinde ac si quis dicere velit calidum absque calore.«), als auch von dem von Savigny in dieser Lehre überall zu Grunde gelegten Fassung des Begriffs. Czyhlarz's Auffassung beruht, wie es scheint, auf einer Verwechslung der solennen Form als Surrogates für die Prüfung, ob und was gewollt ist, mit dem Willen selbst, und auf einem Missverstehen der von ihm (S. 19) angezogenen Ausführungen Jhering's, Geist des r. R. II S. 519 ff. — Eine Vermengung sämmtlicher in unserer Frage denkbaren Standpunkte findet sich in Weiske's Rechtslexikon IX S. 213: »Wird der Zwang«, heisst es dort, »durch Einwirkung auf das Gemüth ausgeübt, dadurch nämlich, dass durch Drohung auf den Willen des Handelnden eingewirkt wird, so ist sein Wille nicht unterdrückt; derselbe ist nur nicht frei, sondern durch Drohungen bestimmt, welche zu diesem Zwecke absichtlich Furcht in dem Handelnden erregten; er handelt freilich nur in diesem Affecte, und folglich will er; er hat die Wahl zwischen drei möglichen Entschlüssen, entweder die Handlung vorzunehmen, wozu ihn der Drohende bestimmen will, oder das gedrohte Uebel abzuwehren, oder endlich dieses Uebel über sich ergehen zu lassen; wählt er den ersten dieser drei Wege, so ist die Freiheit der Wahl, also seines Willens vorhanden, und es liegt demnach auch bei dem durch Drohung zu einer Willenserklärung Veranlassten eine wirkliche Willenserklärung vor.« Quod erat demonstrandum.

immer der Begriff der Verantwortung als sein Correlat. Wenn z. B. der Tradition die Kraft, Eigenthum zu übertragen, beigelegt wird, so soll hierin vor allen Dingen der Wille des Veräusserers respectirt werden. (l. 9 § 3 de acqu. r. dom. Gaius: — — nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi.) Aber jede Disposition ist zweischneidig; indem sie dem Erwerber giebt, nimmt sie dem Verfüger, und wenn dieser sich über die ihm nachtheilige Wirkung seiner Disposition beklagen will (paenitentia), kann man ihn nicht darauf verweisen, dass sein Wille respectirt werden müsse; man kann ihm nur entgegenhalten, dass er die Folgen seiner eigenen, freien Handlung zu vertreten und zu verantworten habe; nimmt er aus freiem Willen eine Handlung vor, welche den Verlust eines Rechts von Rechtswegen bewirkt, so muss er die Folgen auf sich nehmen. [167])

Fragen wir, wie denn der Seelenzustand des Bedrohten zu charakterisiren sei, so müssen wir ihn als den Zustand des höchsten Affectes bezeichnen, wenn wir festhalten, welche Art von metus hier in Frage steht: ein metus praesens, maioris malitatis, non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat; Furcht vor unmittelbar bevorstehender Tödtung, Zufügung eines körperlichen Leides, Beraubung der Freiheit. Es scheint mir aller psychologischen Erfahrung zu widersprechen, will man annehmen, dass nicht der weit überwiegende Theil der Menschen in einer solchen Lage, wenn sie

[167]) In der oben angedeuteten zweifachen Bedeutung im Civilrecht wird der Wille auch von den Römern anerkannt und erwähnt, und zwar unzählige Male bei obligatorischen Acten, — was nicht auffallen kann; aber auch, wo es sich um Bestellung dinglicher Rechte handelt, so z. B. nach der dispositiven Seite in l. 9 § 3 de acqu. r. d. l. 55 de O. et A. l. 2 si a parente qu. man. 37, 12; nach der Richtung des Willens gegen den Veräusserer selbst: l. 16 praescr. verb. l. 18 pr. de R. C. l. 8 § 1 de aqua. 39, 3. c. 5 de O. et A. 4, 10.

die Gefahr kennen, und zur Abwehr des Angriffs nicht im Stande sind (— sind sie es, dann liegt kein metus vor, qui merito et in homine constantissimo cadat —), alle Fassung verlieren sollte.

Auch hier hat Savigny eine gegentheilige Meinung aufgestellt. Man könne sich, sagt er[168], den durch Drohung erzeugten Seelenzustand in Gedanken so steigern, dass er dem Wahnsinn oder der äussersten Trunkenheit gleichartig werde, in welchem Falle der so Geängstete in der That nicht mehr wisse, was er thue oder rede, also wirklich bewusstlos sei; in diesem Falle sei nun in Wahrheit gar kein Wille vorhanden, und kein Richter werde darüber in Zweifel sein. Diese Art von Fällen, meint Savigny, habe wohl mehreren Vertheidigern der Lehre, dass Zwang das Dasein des freien Willens ausschliesse, wenn auch nicht ganz deutlich gedacht, vorgeschwebt. Diese Fälle erklärt er indess praktisch für ebenso unwichtig, wie unzweifelhaft in der Behandlung, ersteres, weil der Fall nur selten vorkommen könne, letzteres, weil, wo die Angst diesen höchsten Grad erreiche, meist auch nicht die Möglichkeit einer scheinbaren Thätigkeit zurückbleibe, vielmehr Ohnmacht erfolgen werde, oder wenigstens gänzliche Unfähigkeit zu jeder Aeusserung, die als eine Willensäusserung fälschlich ausgelegt werden könnte.

Zunächst bringt nun aber der höchste Affect keineswegs nothwendig auch körperliche Ohnmacht hervor, und wenn er gleich dem Gemüthe die Fassung raubt[169], so muss er doch keineswegs immer auch völlige Lähmung der körperlichen Kräfte im Gefolge haben. Auch im höchsten Affecte bleibt also immer noch die Möglichkeit einer Aeusserung, welche

---

[168]) Vgl. System III S. 109 f.

[169]) Vgl. Kant, Anthropologie § 72: »Der Affect ist Ueberraschung durch Empfindung, wodurch die Fassung des Gemüths (animus sui compos) aufgehoben wird.«

wenigstens scheinbar als die eines freien Willens gelten könnte. Ist diese Möglichkeit nicht selbst bei dem Wahnsinnigen, welchen Savigny dem Gezwungenen hier vergleicht, vorhanden? Die Fälle einer durch Schreck bewirkten wirklichen Ohnmacht können nun allerdings — mögen sie selten oder häufig sein, — in dem Zusammenhang der Lehre von erzwungenen Geschäften nicht behandelt werden; denn ein Ohnmächtiger wird eben nie ein Geschäft abschliessen. Die Lähmung der Gemüthskraft dagegen wird der Richter, nach den Ergebnissen psychologischer Erfahrung, überall annehmen müssen, wo ihm eine stattgehabte Drohung von der oben angegebenen Stärke nachgewiesen wird. Die objective Beschaffenheit der Drohung, in Verbindung mit der psychologischen Erfahrung, kann allein bei der Beurtheilung, ob der Bedrohte sich im Affect befunden habe, einen annähernd sicheren Wegweiser abgeben; denn bei Ungestörtheit der körperlichen Kraft entzieht sich der Gemüthszustand meist jeder unmittelbaren Erkenntniss; das Bild aber, welches Zeugen dem Richter von dem Verhalten, dem Geberdenspiel, dem Wechsel der Farbe bei dem Bedrohten entwerfen könnten, würde bei der Unsicherheit und dem von der Subjectivität des Zuschauers allzusehr bedingten Werthe solcher Wahrnehmungen ein höchst trügliches Erkenntnissmittel bilden. Der praktische Blick der Römer hat deshalb die unendliche Verschiedenheit der Individuen hinsichtlich ihrer Erregbarkeit und die daraus sich ergebende Verschiedenheit der bei den einzelnen Individuen der Willensfreiheit gesteckten Grenze ausser Ansatz gelassen, und für die Annahme des höchsten Affectes einen abstracten Massstab festgestellt. [170]

Der Grund, weshalb gegen Zwang Hülfe zu gewähren

---

[170] Die das Gemüth afficirende Wirkung des metus betont Ulpian l. 14 § 3 h. t.: nam cum metus habeat in se ignorantiam, merito quis non adstringitur, ut designet quis ei metum vel vim adhibuit. Vgl. auch l. 16 § 1 de lib. caus. 40, 12.

ist, liegt also lediglich darin, dass die erzwungene Handlung dem Handelnden als eine gewollte nicht angerechnet werden kann. Dass nun die Römer nicht überall die wirklich vorhanden gewesene Furcht vor einem grossen Uebel, sondern nur die begründete, und nur die durch einen anderen Menschen begründete berücksichtigt haben, dies setzt Savigny obiger Behauptung entgegen.[171] Allein fast nirgends tritt eine Rechtsidee von Anfang an in scharfer, bewusster Ausprägung, und in rücksichtsloser Durchführung aller möglichen Consequenzen im Leben auf; Zufall und Absicht kreuzen gar oft den symmetrischen Ausbau einer Lehre; auf Kosten vielleicht des ästhetischen Eindrucks, nicht aber der praktischen Brauchbarkeit des Rechts. Gerade in unserer Lehre aber wissen wir, dass die Einführung der Rechtsmittel gegen den Zwang ihre Spitze gegen bestimmte Personen, die Missethäter der Sullanischen Schreckenszeit kehren wollte; diese ursprüngliche persönliche Richtung des Edicts hat der ganzen weiteren Entwicklung dieser Lehre Ziel und Begrenzung gegeben. —

Noch eine Schwierigkeit bietet die herrschende Theorie, welche weder Savigny, noch Schliemann zu heben vermochten. Hat der Gezwungene gewollt, was er gethan, wozu dann ihm helfen? Savigny[172] erklärt dies daraus, dass in dem Zwange eine in das Rechtsgebiet störend eingreifende Unsittlichkeit liege. Kann aber die Freiheit des Willens durch Drohungen nicht aufgehoben werden, so kann in der Bedrohung auch eine Unsittlichkeit nicht gefunden werden; sie ist dann für die Rechtssphäre des Bedrohten gleichgültig. Nicht einmal die Ausführung der Drohung gegen den dem Drohenden nicht Willfahrenden könnte man dann verurtheilen; denn er hätte das ihm angedrohte Uebel gewählt:

---

171) System III S. 108. 109.
172) System III S. 104.

volenti non fit iniuria. Aber die Unsittlichkeit der Bedrohung würde auch nur die Verhängung von Criminalstrafe, nicht civilrechtliche Restitution rechtfertigen, und völlig unerklärt lässt sie die Wirkung der prätorischen Rechtsmittel in rem.

Schliemann[173]) leitet die Nothwendigkeit einer Berücksichtigung des Zwanges aus der Unmöglichkeit her, zu bestimmen, ob der Bedrohte nur den Ausdruck des Willens oder seinen Inhalt wollte. Dieses Argument, — welches überdies auf streng formelle Geschäfte, bei denen die Rechtswirkung schon an das blosse Vorhandensein des Willensausdrucks sich kuüpft, nicht passt —, schiesst weit über sein Ziel hinaus; denn streng genommen ist jedes Urtheil über die Existenz oder Nichtexistenz einer bestimmten Willensrichtung nur auf Wahrscheinlichkeit, nicht auf Gewissheit gebaut; und wenn Zwang ein auf die Willensfreiheit gar nicht influirendes Moment ist, so ist kein Grund sichtbar, das non liquet mit Schliemann nicht überall auszusprechen, wo es sich um die Feststellung eines Willens aus einer Erklärung handelt. Schliemann's Argument verurtheilt sich also selbst durch seine ungemessene Tragweite.

Und nun zur Quelle des herrschenden Dogmas! In der den Namen des Paulus tragenden l. 21 § 5 qu. m. c. steht zu lesen:

> Si coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui.

Dieser Satz, klingt nicht blos paradox, sondern er ist es.

Wer vom Willen als einem im Rechte erheblichen Momente spricht, kann darunter nur den freien, der Wahl zwischen mehreren Entschlüssen fähigen Willen verstehen, gleichviel ob man unter Willen sonst noch etwas Anderes ver-

---

[173]) a. a. O. S. 99 ff.

stehen könnte. In jenem Sinne kann daher das nolle und velle in unserer Stelle allein verstanden werden. Paulus würde demnach gesagt haben:

»Obwohl, wenn ich die freie Wahl gehabt hätte, ich meine Wahl auf Omission oder Repudiation gelenkt haben würde, so habe ich doch, da ich gezwungen war, den Antritt gewählt.«

Selbst wenn wir nicht wüssten, was ‚coactus‘ heisst, diese Stelle allein mit ihrem ‚quamvis‘ und ‚tamen‘[174]) würde genügen, um uns zu zeigen, dass coactus das Gegentheil von liber ist, also einen Zustand der aufgehobenen Willensfreiheit bezeichnet. Der der Wahlfreiheit Beraubte hat also dennoch gewählt! Darein vermag ich in keiner Weise einen Verstand zu bringen; und muss es schon ohnehin auffallen, hier, mitten in der casuistischen Behandlung der Lehre plötzlich eine abstracte philosophische Sentenz über die Willensfreiheit zu finden[175]), so ist es vollends unmöglich, dem Juristen Paulus eine so völlig ungereimte Aeusserung zuzutrauen. Und hier kann ich die Compilatoren mit dem dringendsten Verdachte nicht verschonen, dass sie durch eine Interpolation den Sinn der Worte des Paulus in das Gegentheil verwandelt haben.

Paulus konnte von den beiden zu seiner Zeit möglichen Arten des Erbschaftserwerbs nur die eine, die cretio im Sinne gehabt haben, da eine erzwungene pro herede gestio ihrem Begriffe nach iure civili nicht wirken konnte.[176]) Die cretio

[174]) Gerade dieses quamvis und tamen scheint aber irreleitend gewesen zu sein, indem man unwillkührlich das ‚quamvis‘ vor ‚coactus‘, und das ‚tamen‘ weiter vor ‚volui‘ schob: »obgleich gezwungen, habe ich dennoch gewollt«. So paraphrasirt z. B. Kuntze, Institutionen I S. 343 die Stelle in folgender Weise: ‚coactus quidem volui, sed tamen volui.‘

[175]) Eine treffliche Abfertigung der hier und da auftauchenden Meinung, es sei ein Stoicismus in der Stelle enthalten, vgl. bei Puchta (Cursus der Instt. I § 103 Anm. e), der freilich die Stelle gleichfalls im Sinne der herrschenden Meinung versteht.

[176]) Vgl. oben S. 80 und Beilage I.

nun war ein Act, welcher nach Civilrecht schlechthin, durch seine Form, und ohne Rücksicht auf den Willen des Cernirenden und auf Alles, was ausserhalb der Solennität lag, wirkte; dass sie diesen Charakter mit allen anderen römischen Formalacten gemein hatte, sind wir aus den strengen, für sie bestehenden Formbestimmungen zu schliessen berechtigt.[177]) Denkt man sich nun in der Stelle statt ‚noluissem' und ‚volui', ‚non crevissem' und ‚crevi', so kommt der völlig treffende Sinn heraus: »ich habe ein Mal die Cretionsworte ausgesprochen, die Form erfüllt, an welche das ius civile die Erbenqualität knüpft; mithin bin ich iure civili Erbe; der Zwang ist civilrechtlich nicht erheblich, weil er mich ja nicht gehindert hat, die nach Civilrecht allein relevante äussere Form in das Leben zu rufen; aber das prätorische Recht duldet die Wirksamkeit erzwungener Rechtshandlungen nicht; darum erlange ich vom Prätor Restitution.«

Ich halte es für unzweifelhaft, dass dieser angemessene Sinn durch eine mit der Stelle vorgegangene Veränderung zur Unkenntlichkeit entstellt worden ist. Die Compilatoren mussten den Ausdruck ‚cernere' begreiflicherweise ausmerzen, und werden es, vielleicht im Hinblick auf den von den Etymologen[178]) dem Worte cernere beigelegten Sinn von »sich entscheiden, beschliessen«, durch velle ersetzt haben.[179]) [180])

---

177) Vgl. Gaius II 166. Ulpian. fr XX, 28.

178) Vgl. Varro de L. L. VII, 98 (Bruns fontes p. 218) — (crevi) valet constitui; itaque heres quom constituit se heredem esse, dicitur cernere, et quom id fecit crevisse. (Vgl. auch l. 9. l. 13 § 2 de acqu. her. 29, 2.)

179) Möglich, dass Paulus zwar ‚noluissem' (wozu cernere zu ergänzen gewesen wäre), nachher aber nicht ‚volui', sondern ‚crevi' geschrieben hat; und dass entweder die Compilatoren nur das letztere in volui umgewandelt haben, oder in einer von ihnen benützten Handschrift schon das kurze Wörtchen crevi mit dem, die Buchstabenzahl und die beiden letzten Buchstaben mit ihm gemein habenden ‚volui' beim Abschreiben verwechselt worden war.

180) Unbegreiflicherweise führt Burchardi (Wiedereinsetzung S. 353)

§ 15.

Zurückführung der verschiedenartigen Behandlung des Zwangs im römischen Recht auf ein Prinzip. — Legislatorische Gesichtspunkte.

Mit dem, wie ich hoffe, erbrachten Beweise, dass die im römischen Rechte dem Zwange zu Theil gewordene Berücksichtigung nur auf der Anerkennung desselben als eines die Willensfreiheit ausschliessenden Momentes beruhen konnte, ist erst ein Theil der Frage, welche Ideen das römische Recht in dieser Lehre beherrscht haben, beantwortet. Man wird weiter fragen dürfen: Wenn Zwang die Freiheit des Willens aufheben kann, und wenn dieser Satz ein unserer inneren Ueberzeugung zunächst und unmittelbar sich darbietender ist, warum gelangten die Römer so spät dazu, ihm einen durchgreifenden Einfluss im Rechte einzuräumen? Sollten die Römer der älteren Zeit so gänzlich andere Anschauungen über das Wesen des Zwanges gehegt haben? Oder fehlte zu jener Zeit überhaupt das Bedürfniss, rechtliche Gegenmittel gegen den Zwang zu schaffen? Die richtige Antwort haben wir anderswo zu suchen.

Die Untersuchung über die positive Gestalt des römischen Rechts in dieser Materie hatte ergeben, dass alle Geschäfte, in welchen das Civilrecht den Zwang ignorirte, formelle, d. h. an strenge, solenne Formen gebundene, dass alle Geschäfte, in denen schon nach Civilrecht und ohne die Hülfe des Prätors der Zwang berücksichtigt wurde, solche waren, bei welchen die Rechtswirkung eine bestimmte Form nicht zur Voraus-

als eine Parallelstelle der l. 21 § 5 cit. folgende Stelle des Rhetors Seneca (de contr. 4, 26) an: iniquum illi videtur, id ratum esse, quod aliquis, non quia voluit pactus est, sed quia coactus est. Schärfer als sie hier sich findet, kann man sich die Entgegensetzung von velle und coactum esse kaum denken.

setzung hatte.[181] Ein anderes, die beiden Gruppen unterscheidende Moment als die Form, ist nicht aufzufinden; mithin muss in diesem Momente der Grund der im Civilrecht sich findenden Verschiedenartigkeit der Behandlung der verschiedenen Geschäfte enthalten sein.

Dass der Wille die belebende Macht alles Rechtsverkehrs ist, dies ist eine Wahrheit, die in dem Rechte eines jeden Volkes, wenn diesem auch nicht stets und von Anfang an bewusst, doch thatsächlich sich Anerkennung verschaffen muss. Dies kann aber auf verschiedene Weise geschehen. Entweder kann der Parteiwille absolut als das massgebende Prinzip proclamirt, und der Richter durch sein Recht darauf hingewiesen sein, alle Momente, die einen Schluss auf die Willensrichtung gestatten, mögen sie in Mienen, Worten, Handlungen, Unterlassungen bestehen, zu berücksichtigen, und nach Zusammenfassung aller ihm vorliegenden Momente nach innerer Ueberzeugung den Schluss für oder gegen das Vorhandensein eines rechtlich erheblichen Willens zu ziehen. Oder: das Recht nimmt dem Richter jene Freiheit der Beurtheilung, und setzt an die Stelle des individuellen Prüfens eine abstracte Regel: nur der Wille wird geachtet, der in der vorgeschriebenen feierlichen Form sich äussert, und — was damit unlöslich zusammenhängt — überall wo diese Form in die Erscheinung tritt, wird das Dasein des Willens angenommen. Nicht also der Richter, sondern recht eigentlich das Gesetz fällt hier das Urtheil; der Richter ist nur Verkünder. Bei der ersten Behandlungsweise bildet der Satz: Der Parteiwille soll zur Geltung gebracht werden, — eine unmittelbar vom Richter anzuwendende Rechtsregel; bei der zweiten ist er nur die über und ausserhalb der positiven Rechtsregel stehende ratio, welche von unmittelbarer Anwendung im concreten Falle ausgeschlossen

---

[181]) Vgl. oben S. 91 f.

ist. Wie daher hier die Frage, ob der Wille vorhanden oder nicht, überhaupt, so ist auch die Frage, ob er durch Drohungen ausgeschlossen gewesen, mit dem Formalitätsprinzip unverträglich.

Wir haben somit in dem das ältere römische Recht beherrschenden reinen Prinzip der Formalität der Geschäfte den Grund für die Nichtberücksichtigung des Zwanges gefunden. Auch für die älteste Zeit haben wir den Gedanken von uns zu weisen, als hätten sich die Römer durch die philosophische Meinung, Zwang könne die Willensfreiheit nicht aufheben, bestimmen lassen.

Innerhalb des Civilrechts in dem weiten Sinne, in welchem ich es bisher als den Gegensatz der nur durch Vermittlung des Prätors zur Geltung zu bringenden Rechtssätze verstanden habe (s. oben S. 31), vollzieht sich für uns nunmehr eine Spaltung nach materiellen Gesichtspunkten. Die formellen Geschäfte gehören sämmtlich dem ius strictum, dem alten nationalrömischen Rechte, dem ius civile im engeren Sinne an. Es zeigt sich also, dass dieses historisch älteste Rechtssystem die Freiheit des concreten [182]) Willens von den Voraussetzungen der Rechtswirkung völlig ausgeschieden hatte. — Die an bestimmte solenne Form nicht gebundenen, sog. formlosen Geschäfte, gehören sämmtlich dem System des ius gentium an, sind auf die aequitas gebaut; für dieses System ergiebt sich also Freiheit des Willens im concreten Falle als wesentliche Voraussetzung der Rechtswirkung.

Wir dürfen daher jetzt die rein formelle Scheidung zwischen dem vom Richter unmittelbar und dem nur auf Vermittlung des Magistrats anzuwendenden Rechte, welche wir

---

[182]) Nur des concreten Willens; denn Willensfähigkeit des handelnden Subjects (Handlungsfähigkeit; der Handelnde darf nicht unmündig, nicht wahnsinnig, nicht alieni iuris sein etc.) ist auch nach ius civile stets Voraussetzung der Rechtswirkung.

in der ganzen bisherigen Darstellung nur festgehalten hatten, weil sie prima facie den Anschein einer für unsere Lehre wesentlichen hatte, fallen lassen, und durch substantielle Momente ersetzen. Das ius aequum bildet die hauptsächliche materielle Grundlage der iuris civilis adiuvandi, supplendi, corrigendi causa geübten Thätigkeit des Prätors. Es folgt daraus, dass die Bestimmungen des Edicts über erzwungene Geschäfte ihre materielle Basis gemeinsam haben mit denjenigen Grundsätzen, welche von den nicht blos tuitione praetoris geschützten Geschäften gelten: diese Basis ist die aequitas. Das Resultat unserer Untersuchung ist demnach folgendes:

> Nach ius strictum wird der Zwang nicht berücksichtigt; die aequitas fordert seine Berücksichtigung. Ueberall, wo die aequitas unmittelbar zum Rechtsprinzip erhoben ist, ist daher der Zwang officio iudicis zu berücksichtigen; wo der aequitas nur durch Vermittlung des Prätors Geltung geschafft wird (also besonders in der Gegenwirkung gegen das ius strictum), wird auch der Zwang nur durch die jurisdictionelle Wirksamkeit des Magistrats zum rechtserheblichen Moment erhoben.[183]

---

[183]) Dieses Resultat bewährt sich auch dann, wenn man annimmt, dass die condictio ob turpem causam zu irgend einer Zeit gegenüber erzwungenen Geschäften in Uebung gewesen sei. Denn jene condictio beruhte lediglich in einer Ausdehnung des Anwendungsgebietes der condictio certae pecuniae, herbeigeführt durch die den Anforderungen der naturalis aequitas Bahn brechende Thätigkeit der Juristen.

Eine andere Frage, welche sich hier aufwerfen liesse, ist die: wie es gekommen, dass der (sog. wesentliche) Irrthum schon vom Civilrecht selbst bei formellen Geschäften in so ausgedehntem Masse berücksichtigt worden sei, und warum das Gleiche nicht auch beim Zwange der Fall gewesen. Dass von jeher der Irrthum bei Formalgeschäften ipso iure nicht berücksichtigt worden sei, dafür fehlt es an allem Beweise; ja, es wird anzunehmen sein, dass auch in der classischen Zeit des römischen Rechts der Irrthum bei Formalgeschäften nur ope exceptionis, nicht ipso iure geltend zu machen war. (Vgl. über diese Frage Voigt, ius naturale III S. 79 ff.)

Ob, wenn es sich heut darum handelte, unabhängig von einer bestimmten historischen Veranlassung, von einem festen Prinzip aus gesetzliche Bestimmungen über den Einfluss des Zwanges zu treffen, an dem Inhalt des römischen Rechtes festzuhalten wäre, ob wir über dasselbe hinaus, oder hinter den am Schluss seiner Entwicklung erlangten Standpunkt desselben zurück zu gehen hätten, diese Fragen müssen hier wenigstens kurz berührt werden.

Zwischen folgenden Alternativen würde hier im Wesentlichen eine Entscheidung zu nehmen sein:

1) Ist auch im Civilrecht, wie es in unserem Strafrecht schon der Fall, die erweislich vorhanden gewesene Furcht vor dem Verlust von Freiheit, Gesundheit, Leben schlechthin als ein erhebliches, als ein die rechtliche Wirkung einer Handlung vereitelndes Moment zu behandeln, oder nur dann, wenn ein metus illatus ab aliquo vorliegt?

2) Ist die Hülfe gegen Zwang, wie im römischen Recht, gegen jeden Dritten, oder nur gegen den Zwingenden und den bösgläubigen Dritten zu gewähren?

In beiden Fragen wird die Entscheidung hauptsächlich davon abhängen, bis zu welcher Grenze man im Allgemeinen den dem guten Glauben zu gewährenden Schutz ausdehnt. Der gutgläubige Erwerb beansprucht im modernen Rechte Anerkennung und Schutz in viel weiterem Umfange, als ihm im römischen Rechte zu Theil geworden. Es handelt sich daher um Lösung einer Collision von berechtigten Interessen beider Theile. Soll man den Schutz der bona fides einschränken, um dem, der im Affect der höchsten Furcht gehandelt, nicht die

---

Dem übrigen Quelleninhalt gegenüber wird wohl, wie hier nur nebenbei bemerkt sei, in den Worten ‚sive bona fide sint sive non sint‘ der l. 57 de O. et A. 44, 7 ein Tribonianisches Emblem gesehen werden dürfen, zumal auch die in der Stelle angeführten Beispiele sich nur auf bonae fidei negotia beziehen.

Folgen seiner Handlung aufzubürden, die in Wahrheit nicht die seine ist, oder soll jener Schutz ungeschmälert bleiben? Ich halte die Anerkennung des gutgläubigen Erwerbs (worunter ich hier den Erwerb von Forderungsrechten mit begreife), als eine Garantie für die Sicherheit des gesammten Rechtsverkehrs, als gewissermassen iuris publici, für höher stehend, als das Interesse des einzelnen Geschädigten. In der Frage ad 1) möchte deshalb das weise Mass, welches die Römer hier gehalten, festzuhalten sein; den Nachtheil, den Jemand durch eine Handlung erleidet, die er in einem von keinem Anderen verschuldeten Affect vorgenommen, muss er wie einen casus tragen; ihn auf einen Dritten abzuwälzen, wäre unbillig. In der Frage ad 2 wird der gutgläubige Dritte nicht schlechter zu behandeln sein, wie jeder Andere, der einen Erwerb in gutem Glauben gemacht. Auch für das heutige Recht wird sich demnach die consequente Durchführung des in der Berücksichtigung des Zwanges sich ausdrückenden Idee nicht empfehlen; sie wird sich zu Gunsten anderer gleichberechtigter Ziele Einschränkungen gefallen lassen müssen.

Beilage I.

Zu Gai. comm. II. § 167.

(Vgl. oben S. 81 Anm. 110.)

Die herrschende Meinung geht dahin, dass schon zur Zeit der classischen Juristen, mindestens schon zur Zeit des Gaius, die Erbschaft nicht blos durch cretio und pro herede gestio, sondern auch durch jede beliebige formlose Erklärung des Willens, Erbe zu werden, erworben werden konnte.

So sehr diese Meinung durch Gai. II 167:

> At is, qui sine cretione heres institutus est aut qui ab intestato legitimo iure ad hereditatem vocatus, potest aut cernendo aut pro herede gerendo vel etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri,

unterstützt zu werden scheint, so erweist sie sich doch bei näherer Betrachtung als unhaltbar.

An allen anderen Stellen der Institutionen des Gaius und in Ulpian's Fragmenten werden, wo vom Erwerbe der Erbschaft die Rede ist, stets nur cretio und pro herede gestio genannt (vgl. die bei Huschke, Studien des römischen Rechts I S. 256 not. 88 genannten Stellen), der angeblichen dritten Erwerbart durch einfache Willenserklärung geschieht keine Erwähnung. Leist (Bonorum possessio II, 2 S. 76 Anm. 10 und S. 120) sucht dies dadurch zu erklären, dass den beiden Erwerbarten durch cretio und pro herede gestio die durch nuda voluntas erst später hinzugetreten, und nun unter dem Namen pro herede gestio mitbegriffen worden sei. Wider diese Annahme streitet aber alle Wahrscheinlichkeit. Die pro h. g. bestand in Handlungen, durch welche der Delat sich bereits thatsächlich als Erbe, als Herr der hereditas darstellte, und zwar mit dem animus, ut velit esse heres. (Vgl. besonders l. 20 de acqu. v. om. h. 29, 2.) Zur pro h. g. waren also ganz ähnlich wie beim Besitzerwerbe animus und corpus erforderlich: der Wille, Herr der Erbschaft zu sein, und ein diese Absicht bethätigendes Handeln (nicht also blos ein die Absicht ausdrückendes, erkennen lassendes Handeln, nicht schon blosse den Willen offenbarende

concludente Handlungen). Hiernach beruhte die Wirksamkeit der pro h. g., wenngleich nicht allein, so doch wesentlich mit auf der voluntas suscipiendae hereditatis. Wurde nun, wie man zu behaupten pflegt, diese voluntas schlechthin für genügend erachtet, also ohne dass sie sich in Handlungen verkörperte, welche bereits die Ausübung einer Herrschaft über die hereditas kundgeben, so musste nothwendig die pro h. g. als eine selbstständige Erwerbart verschwinden und in der nuda voluntas suscipiendae hereditatis aufgehen; denn sie musste dann schon deshalb wirken, weil sie auch voluntas susc. her. war; was sie nebenbei noch war, musste gleichgültig sein; es war dann unmöglich, dass Erbschaftserwerb durch nuda voluntas nur als eine Unterart der pro h. g. angesehen, und unter diesem Namen mit begriffen ward. Statt nun aber, wie zu erwarten gewesen wäre, in den Quellen nur die cretio und die nuda voluntas susc. h. erwähnt zu sehen, finden wir die letztere nur in einer einzigen Stelle (Gai. II § 167), und zwar wie etwas ganz Nebensächliches behandelt, im Corpus iuris dagegen finden wir nicht nur die subjectiven, sondern auch die objectiven Voraussetzungen der pro h. g. sowohl von dem Gaius zeitlich vorangehenden, als auch von ihm nachfolgenden Juristen mit der grössten Ausführlichkeit erörtert (vgl. besonders den Titel de acqu. v. om. her. 29, 2).

Dass Labeo nun (l. 62 de acqu. her.) die blosse Erfüllung der der Erbeinsetzung zugefügten Bedingung ‚si iuraverit‘ für unzureichend zur Erwerbung der hereditas erklärt, quia iurando voluntatem magis declarasse videtur, würde nicht ausschliessen, dass nicht zu Gaius' Zeit ein solcher nur durch concludente Handlungen an den Tag gelegter Wille genügt haben könnte. Auffallender schon ist es, dass auch Javolenus (l. 62 cit.) noch durch die Erfüllung jener Bedingung nur dann die Erbschaft erworben sein lässt, wenn der Delat ‚ut heres‘ geschworen hat, also ein Schwören fordert, durch welches der Delat bereits einen Eingriff in die Erbschaft selbst vollzieht, während doch auch ein Schwören unter anderen Umständen auf das Vorhandensein des Willens, die Erbschaft zu erwerben, einen sichern Schluss gestatten konnte (vgl. auch Julian in l. 13 de cond. inst. 28, 7).

Völlig unverträglich aber mit der Annahme, dass zu Gaius' Zeit die nuda voluntas susc. her. eine allgemeine Erbschaftserwerbart gewesen sei, erscheint es, wenn noch Ulpian (lib. VII. ad Sab.) in l. 21 § 1 de acqu. v. om. her. sagt:

> Interdum autem animus solus eum obstringet hereditati, ut puta si re non hereditaria quasi heres usus sit.

Man wird vergeblich nach einem unterscheidenden Moment

zwischen der nuda voluntas bei Gaius und dem solus animus bei Ulpian suchen, und es ist auch unmöglich, etwa hier einen Meinungsstreit unter den römischen Juristen, oder gar eine von Gaius bis auf Ulpian stattgehabte Rechtsänderung anzunehmen; letztere müsste dann geradezu eine rückläufige, von der allgemeinen Zulässigkeit formlosen Erwerbs zu einer nur in gewissen Fällen (interdum) statthaften gewesen sein. Demnach wird auch die Bemerkung des Gaius nicht auf eine allgemein, sondern nur auf eine in gewissen Fällen zulässige Erwerbung der Erbschaft durch nuda voluntas bezogen, und in ihnen nichts anderes gefunden werden dürfen, als was uns auch Ulpian in l. 21 § 1 cit. lehrt. Aus letzterer aber erlangen wir nicht allein die Gewissheit, dass der solus animus, oder was dasselbe ist, die nuda voluntas keine allgemeine Erwerbart ist, sondern auch, dass man sich unter solus animus keineswegs jede beliebige Kundgebung des Willens, Erbe zu werden, durch Worte oder durch concludente Handlungen zu denken habe. Ulpian führt als Beispiel eines Erwerbes solo animo den Fall an, wenn Jemand eine res non hereditaria quasi heres in Gebrauch nimmt. Diesem Beispiel lässt sich mit Leichtigkeit das Kriterium entnehmen, welches für die Zulassung, und zugleich für die nähere Charakterisirung des Erwerbes durch solus animus bestimmend ist.

Es ist zunächst klar, dass unter der res non hereditaria hier nicht jede beliebige Sache, die mit der hereditas gar nichts zu thun hat, verstanden werden kann; quasi heres uti kann man nicht irgend welche einem Dritten gehörige Sache, die man etwa dem Eigenthümer wegnimmt; eine Sache quasi heres uti heisst: durch den Gebrauch der Sache wie der Erbe, wie der wirkliche Herr der Erbschaft erscheinen. Bei einer res non hereditaria ist dies aber nur dann möglich, wenn dieselbe, obwohl nicht rechtlich zur hereditas gehörig, doch thatsächlich in dieser sich befindet. Eine solche gehört doch äusserlich wenigstens in den Vermögenskreis des Erblassers; und dieses thatsächliche Verhältniss ist bekanntlich auch anderweitig von rechtlicher Bedeutung. Der Erbe kann eine derartige res non hereditaria mit der hereditatis petitio zurückfordern (l. 19 pr. de h. p. 5, 3), der Besitz einer solchen allein vermag schon die Passivlegitimation für die hereditatis petitio zu begründen (vgl. Brinz, Pand. II S. 685). Durch den Gebrauch einer solchen nun faktisch zum Nachlasse gehörigen Sache wird also der Delat Erbe, und er hat hier nach Ulpian die Erbschaft solo animo erworben. Vergleichen wir nun diese Erwerbart mit der eigentlichen pro h. g., so zeigt sich bei beiden der animus die Erbschaft zu erwerben, bei beiden ein diesen animus objectiv be-

thätigendes Handeln, als einziger Unterschied aber: dass dort die Handlung die Ausübung eines wirklichen Herrschaftsactes über die hereditas, ein Eingreifen in deren Rechtskreis ist, hier die Handlung des Delaten diesen Charakter nur in einem entfernteren Sinne hat, weil sie sich auf ein fremdes, nicht in der rechtlichen, sondern nur der thatsächlichen dereinstigen Herrschaftssphäre des Erblassers befindliches Object bezieht, dass aber doch auch hier das Requisit der Ausübung einer Herrschaft über die hereditas nicht völlig aufgegeben ist.

Gehört also zur eigentlichen pro h. g. der animus, Erbe zu sein, und ein denselben nicht blos scheinbar, sondern in Wahrheit bethätigendes Handeln, so fehlte es in dem von Ulpian angeführten Falle an dem zweiten Erfordernisse. Wurde hier trotzdem ein Erwerb der Erbschaft angenommen, so konnte, wenn man die Frage nach dem Vorhandensein der für die eigentliche pro h. g. nöthigen Voraussetzungen stellte, also vergleichsweise und relativ auf jenen, hier gesagt werden: die hereditas sei solo animo erworben; d. h. von den Erfordernissen der eigentlichen pro h. g. liege hier nur der animus vor; das corpus, die Einwirkung auf die rechtliche Sphäre der hereditas fehlte hier; damit ist aber nicht gesagt, dass ausser jenem animus weiter Nichts mehr erforderlich sei.

Vollkommen bestätigt wird uns jene relative und negative Bedeutung des Ausdrucks solus animus durch Paulus (l. I quaest.) in l. 88 de acqu. v. om. her.:

> Gerit pro herede, qui animo adgnoscit successionem, licet nihil attingat hereditarium unde et si domum pignori datam sicut hereditariam retinuit, cuius possessio qualisqualis fuit in hereditate, pro herede gerere videtur: idemque est, et si alienam rem ut hereditariam possedisset.

Auch Paulus erklärt hier keineswegs jeden beliebigen Ausdruck des blossen Willens, Erbe zu werden, für genügend; auch seine Beispiele beziehen sich auf Handlungen, die sich als ein Eintreten, wenngleich nicht in das rechtliche, so doch wenigstens in das thatsächlich vom Erblasser beherrscht gewesene Gebiet darstellen; die Worte ‚licet nihil attingat hereditarium‘ wollen daher nicht das attingere überhaupt, sondern nur das attingere rem hereditariam, die Besitznahme rechtlicher Bestandtheile der hereditas als unerheblich bezeichnen: ein pro herede gerere — so ist der Gedanke des Paulus — kann man auch dann annehmen, wenn das, was der Delat in Besitz genommen hat, nicht hereditarium ist, und in diesem Falle kann man sagen, die Erbschaft sei nur animo erworben.

Demnach ist der Erwerb solo animo mit Nichten ein Erwerb durch jede beliebige Willenserklärung durch Worte oder concludente Handlungen, sondern nur eine sehr beschränkte Erweiterung der pro herede gestio; sie ist gleichsam nur ein Appendix der letzteren. Nichts Anderes, als jene Fälle einer uneigentlichen pro h. g., wo interdum solus animus genügt, kann daher Gaius gemeint haben, wenn er die nuda voluntas unter den Erbschaftserwerbarten erwähnt; und wenngleich die Erläuterung, die uns Ulpian und Paulus für den Begriff des Erwerbes durch solus animus, oder vielmehr das von ihnen in der Rechtsübung vorgefundene Substrat, aus welchem sie jene Erwerbart abstrahirten, bei Gaius fehlt, so deutet doch auch er durch die Art der Anreihung der nuda voluntas mit ‚vel etiam' an die durch aut—aut verbundene cretio und pro herede gestio auf das Deutlichste an, dass diese die Arten des Erbschaftserwerbes seien, die nuda voluntas aber nur eine Unterart der zuletzt genannten Art, der pro herede gestio darstellt; wie im Rechte selbst, so erscheint sie auch in der Darstellung des Gaius nur wie ein Anhang der pro h. g.

Dass Gaius hier, wenn er nuda voluntas zum Erwerb der Erbschaft für genügend erklärt, trotzdem noch ein ferneres, von ihm nicht erwähntes Requisit für erforderlich gehalten haben soll, wird um so weniger auffallen, wenn man sich erinnert, dass er in der seinen libri rerum cottidianarum entnommenen l. 9 § 5 de acqu. rer. dom. 41, 1 in ganz gleicher Weise von nuda voluntas spricht:

> Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam commodavi aut locavi tibi aut apud te deposui, vendidero tibi. . .

Denkt man sich hier die von ihm gebrachten Beispiele fort, so könnte man mit demselben Rechte, wie man aus Gai. II 167 den formlosen Erbschaftserwerb ableitet, so hier den Satz ausgesprochen finden, dass der Eigenthümer durch den blossen irgendwie kundgegebenen Willen Jemandem das Eigenthum an seiner Sache zu übertragen, den Eigenthumsübergang bewirken könne, während doch in Wahrheit noch andere, und zwar objective Voraussetzungen hierbei nothwendig sind.

Eine Untersuchung über die weitere Entwicklung der Rechtsgrundsätze vom Erbschaftserwerbe und über die Frage, ob im späteren Rechte die hereditas durch jedwede formlose Privaterklärung acquirirt werden konnte, geht über den Zweck dieser Anmerkung hinaus. Nur zwei hierauf bezügliche Bemerkungen mögen hier trotzdem Platz finden.

1) Die häufig in dieser Lehre angeführte c. de iure delib. 6, 30 (Diocl. et Maxim.) beweist Nichts für die allgemeine Möglichkeit, die Erbschaft durch einfache Willenserklärung zu erwerben. Denn es konnte in der von den Kaisern entschiedenen Angelegenheit gerade der Fall einer pro h. g. solo animo im Sinne von Ulpian und Paulus vorgelegen haben; oder die Kaiser sahen in der testamentarischen Verfügung über die deferirte Erbschaft schon eine wahre pro h. g., und sprachen von sola animi destinatio nur deshalb, weil hier ein körperliches Eingreifen in die Erbschaft nicht vorlag. (Auch das Vermiethen von zur Erbschaft gehörigen Häusern, der Verkauf der deferirten Erbschaft ist ja eine Bethätigung des Willens, Erbe zu sein, und deshalb pro h. g., wenn auch hierin eine äusserlich sichtbar werdende, körperliche Einmischung in die Erbschaft nicht liegt. Vgl. l. 20 § 1. acq. l. 24 de acqu. v. om. her.).

2) Auch in § 7. J. de her. qual. et diff. 2, 19 ist nicht, wie in der Regel angenommen wird, neben der pro h. g. noch jede beliebige formlose Erklärung, Erbe sein zu wollen, als Erbschaftserwerbart hingestellt.

Zunächst werden in dieser Stelle die Worte des Gaius in II 167 gedankenlos wiederholt, indem nur ‚aut cernendo‘ weggelassen wird, so dass nun ganz unpassend: aut pro herede gerendo vel etiam nuda voluntate etc. stehen bleibt. Darauf werden aber nur Beispiele wahrer pro herede gestio angeführt, und in den Worten: et quoquomodo (si) voluntatem suam declaret vel re vel verbis de adeunda hereditate wird nur eine fernere Voraussetzung angegeben, unter welcher jene beispielsweise genannten Handlungen als pro h. g. gelten dürfen; sie drücken nichts Anderes aus, als was Ulpian in l. 20 pr. § 1 de acqu. v. om. her. mit animus ut velit esse heres, und animus heredis bezeichnet.

Dass gegenüber einer unbeschränkten Zulässigkeit des Erwerbes durch formlose private Willenserklärung der grösste Theil der sehr zahlreichen auf die pro h. g. sich beziehenden Stellen im Corpus iuris, mit ihren auf die objective Seite der pro h. g. bezüglichen Detailuntersuchungen aller praktischen Bedeutung für das justinianische Recht hätten entbehren müssen, liegt auf der Hand; daher muss auch der Umstand, dass alle jene Stellen im Corpus iuris Platz gefunden haben, die grössten Bedenken gegen die Zulässigkeit des Erbschaftserwerbes durch formlose Privatwillenserklärung selbst für das justinianische Recht erregen.*)

*) Die im Text gegebene Charakterisirung der pro herede gestio als der wirklichen Ausübung der Herrschaft über den Nachlass, als der Be-

Beilage II.

Zu l. 57. mandat. 17, 1.

Es ist oben S. 105 f. von mir die Behauptung aufgestellt worden, dass unter gewissen Voraussetzungen der wahre Eigenthümer gegenüber einer gegen ihn erhobenen Publiciana einer

---

thätigung des Willens, Erbe zu sein, führt uns auch auf den Grund, weshalb der Sclave und der Haussohn die ihnen deferirte Erbschaft nicht anders als durch cretio erwerben konnten. Welches auch immer die rechtlichen Consequenzen des von einem Hausunterthänigen bezüglich einer ihm deferirten Erbschaft vollendeten Erwerbactes sein mochten, so konnte ihn der Delat doch immer nur in eigenem Namen vornehmen. Dies konnte nun bei der cretio auch für den servus und den filius familias keinen Anstand haben: die rechtliche Wirkung der cretio knüpfte sich lediglich an die Vollziehung der solennen Form, und diese konnte der Sclav und der Haussohn so gut erfüllen, wie ein homo sui iuris; auf die Willensbeschaffenheit, den animus wurde dabei nicht gesehen. Anders bei der pro herede gestio. Hier kam es nicht blos auf ein Handeln von bestimmter äusserer Gestalt an; es genügte auch nicht ein Act, welcher als die mögliche objective Erscheinungsform des Erbeseins gelten konnte. Pro herede gerere ist nicht blos Handeln wie ein Erbe — dies konnte auch der Sclave — sondern Handeln als Erbe; dies kann man nur mit dem animus, die Erbschaft für sich zu haben. Dieser animus war aber bei Hausunterthänigen in Folge ihrer Vermögensunfähigkeit rechtlich unmöglich; gegen die Zulässigkeit der pro herede gestio derselben in Bezug auf eine ihnen deferirte hereditas sprach also derselbe Grund, der sie vom Erwerbe des juristischen Besitzes ausschloss. Mit dieser Ableitung unseres Rechtssatzes steht selbstverständlich nicht in Widerspruch, dass der dominus oder paterfamilias bei einer ihm deferirten Erbschaft sich zur pro herede gestio der Dienste seiner Hausunterthänigen bedienen konnte, so dass ganz analog wie beim Besitzerwerb bei ihm der animus vorlag, das corpus aber durch Jene beschafft ward. (Die Zulässigkeit einer derartigen Vertretung bei der pro herede gestio könnte, auch wenn die Quellen dafür keinen Anhalt böten, bei der rechtlichen Natur dieser Erwerbart nicht entfernt bezweifelt werden). Eine wesentliche Unterstützung jener Ableitung sehe ich aber darin, dass die spätere theilweise Aufhebung unseres Rechtssatzes (cf. l. un. Th. C. de cret. v. bon. p. 4, 1. l. 4, 5, 8 de mat. bon. 8, 18) sich auf den Erwerb der bona materna bezog, also einen Erwerb, für welchen die die pro herede gestio des Haussohns hindernde Vermögensunfähigkeit nunmehr weggefallen war. — Der hier versuchte Nachweis eines natürlichen engen Zusammenhanges zwischen zwei anscheinend willkürlichen Rechtssätzen (Nothwendigkeit der cretio für Hausunterthänige, Exemtion der sog. bona adventicia) und der im Texte entwickelten Ansicht über den Erbschaftserwerb wird hoffentlich auch zur Befestigung der im Texte gewonnenen Resultate beitragen, und diese Hoffnung wird es entschuldigen, dass diese dem Texte anscheinend fremde Ausführung hier Platz gefunden.

exceptio iusti dominii nicht bedurft habe, und in diesen Fällen eine solche in die formula nicht inserirt worden sei. Ich muss nun freilich zugeben, dass in einem vereinzelten Falle in den Digesten eine ganz ähnliche anomale Anwendung der exceptio iusti dominii, wie sie unleugbar in der Gewährung an einen Besitzer, der das Eigenthum erst nach dem Entstehen des klägerischen Titels von einem Anderen als dem Kläger erworben, liegen würde, wirklich vorkommt; aber gerade die Art, wie uns dieser Fall vorgetragen wird, beweist m. E., dass sich die römischen Juristen der Anomalie jener Anwendung vollkommen bewusst waren. Ich habe hierbei die vielbesprochene l. 57. mand. 17, 1 (Papinian. l. X respons.) im Auge:

> Mandatum distrahendorum servorum defuncto qui mandatum suscepit intercidisse constitit. quoniam tamen heredes eius errore lapsi non animo furandi, sed exsequendi quod defunctus suae curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emptoribus usucaptos videri placuit. sed venaliciarium ex provincia reversum Publiciana actione non [in]utiliter acturum, cum exceptio iusti dominii causa cognita detur neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum adfici damno.

Diese Stelle ist m. E. auch von Savigny (System VII S. 292 ff.) und denen, die sich ihm anschliessen (vgl. Vangerow I § 335 Anm. 2. Windscheid I § 199 not. 5) nicht richtig aufgefasst worden, und ich bin deshalb, um sie für unsere Frage benutzen zu können, ihr eine etwas eingehendere Betrachtung zu widmen genöthigt.

Soviel ist zwar zuzugeben, dass statt ‚non utiliter‘, welches die Florentina und die meisten Handschriften hatten, ‚non inutiliter‘ oder ‚utiliter‘ zu lesen, und der dem Gutachten Papinians zu Grunde liegende Sachverhalt nur so, wie ihn Savigny (a. a. O.) wiedergiebt, und wie er sich aus der wörtlichen Uebersetzung der Stelle ergiebt, aufzufassen ist. Dagegen halte ich es für unzulässig, den Satz: ‚cum exceptio iusti dominii causa cognita detur‘ abstract, von der Natur der exceptio iusti dominii im Allgemeinen zu verstehen, also sich vor causa cognita ein ‚tantum‘ hinzuzudenken (cf. Windscheid a. a. O.), und anzunehmen, dass in dem vorliegenden Falle die allgemein nothwendige causae cognitio nach Ansicht Papinians zur Verweigerung der exceptio geführt habe.

Dass die exceptio iusti dominii stets nur causa cognita gewährt worden wäre, ist völlig unglaublich, und anderweitig meines Wissens nirgends bezeugt. Welcher Grund könnte dafür denkbarer Weise bestimmend gewesen sein? Der Prätor will den gutgläubigen Erwerber nur schützen vorbehaltlich der Rechte des wahren Eigen-

thümers: ‚Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur' (l. 17. de Publ. 6, 2), und es ist unerfindlich, warum der exceptivische Eigenthumsschutz an eine Voraussetzung, die causae cognitio, sollte geknüpft worden sein, von welcher sich beim Eigenthumsschutz durch Klage nicht die geringste Spur findet. Man wird daher auch in unserer Stelle die ohnedies nur unter Hinzudenken eines ‚tantum' mögliche Deutung der Worte, cum exceptio et rel.', auf eine abstracte Bemerkung über die exceptio iusti dominii im Allgemeinen, verwerfen müssen. Allerdings bleibt dann nur die Annahme übrig, dass im vorliegenden Falle in der That auf Grund einer stattgehabten causae cognitio die exceptio i. d. dem Käufer gewährt worden sei. Allein dieses Resultat, welches den Auslegern mit der schliesslichen Entscheidung Papinians unvereinbar schien, und das sie deshalb selbst um den Preis der Annahme einer ganz unerweisbaren Voraussetzung der exceptio dominii vermeiden zu müssen glaubten, ist m. E. für das Verständniss der Stelle gerade unentbehrlich.

Es fragte sich, mit welcher Klage der Eigenthümer, wenn ihm gegen die während seiner Abwesenheit vollendete Usucapion seitens der Käufer Restitution gewährt werden sollte, seine Sache zurückfordern könne. An die gewöhnliche Vindicationsklage war nicht zu denken; denn stand einmal fest, oder wurde in iudicio festgestellt, dass die Verklagten usucapirt hatten, so musste der iudex, der sich lediglich an die Formel zu halten hatte, die Klage abweisen. (Vgl. oben S. 104.) Das Gleiche musste streng genommen eintreten, wenn der Kläger sich der Publiciana bediente. Ebenso wie das wirkliche, so musste auch das fingirte Eigenthum des Klägers durch eine nach dem Entstehen des klägerischen Titels vollendete Usucapion untergehen; durch die Fiction der Publiciana, dass der Kläger im Momente des Erwerbes die Usucapion vollendet habe, wurde nur das Eigenthum aller derjenigen, welche damals Eigenthum an der Sache hatten, und mittelbar derjenigen, welche es zukünftig von jenen erwerben würden, hinwegfingirt; nur zu Gunsten dieser Personen konnte also eine exceptio i. d. erforderlich werden. Wie daher derjenige, welcher von dem Kläger selbst sein Recht herleitete, so musste auch der, welcher ein Eigenthumsrecht gar nicht auf Grund eines derivativen Erwerbs, insbesondere also auch der Usucapient, der die Ersitzung nach dem Entstehen des klägerischen Titels vollendet hatte, durch die Fiction unberührt bleiben: trotz der Fiction: ‚si anno possedisset', konnte der iudex hier das hypothetische Urtheil: Kläger würde Eigenthümer sein (‚eum hominem ex iure Quiritium eius esse oporteret') nicht fällen, weil die vom Beklagten

vollendete Usucapion jenes Eigenthum ipso iure wieder aufgehoben haben würde. Für einen solchen Usucapienten bedurfte es also keiner exceptio i. d.; diese war auf ihn gar nicht berechnet.

Wenn nun aber der Prätor es für unbillig hielt, dass der Verkäufer durch die Rechtsunkenntniss der Erben seines Mandatars Nachtheil leiden solle, und jenen Umstand zu Gunsten des Klägers durch den Richter berücksichtigt wissen wollte, auf welchem Wege konnte dies geschehen? Ein für diesen Fall passendes Klageformular, welches zu Gunsten des Klägers eine vollendete Usucapion als nicht geschehen fingirte, stand jedenfalls nicht im Edict, sonst wäre wegen Zulässigkeit der Publiciana gewiss nicht ein Gutachten von dem Juristen erbeten worden; die in § 5 I. de act. 4, 6 erwähnte actio ficticia (vgl. oben Anm. 138[a]), welche Schutz gegen einen abwesenden Usucapienten, nicht einem Abwesenden gegen einen Usucapienten gewähren sollte, wird für unseren Fall vermuthlich wegen ihrer Fassung nicht verwendbar gewesen sein). Wenn nicht in der Klage, so hätte der zu berücksichtigende Umstand möglicherweise nur replicando geltend gemacht werden können; ohne Anweisung durch den Prätor musste der iudex ihn ignoriren. Aber bei der Publiciana war für eine Replik hier kein Raum; denn es fehlte an einer für den Verklagten zu inserirenden exceptio, und ohne exceptio keine replicatio. Diese Erwägung, welche wahrscheinlich schon der Kläger bei sich selbst gemacht hatte, führte denn zu der Anfrage bei Papinian, ob nicht dennoch mit der Publiciana zu helfen sei, und der Jurist erklärt in der That in seinem Responsum Hülfe für möglich: dem materiellen Recht und der aequitas zu Liebe opfert er hier die Eleganz und die logische Concinnität der Formelconception, und erklärt hier die Insertion einer exceptio i. d. für geboten. Damit war denn die Möglichkeit gegeben, zu Gunsten des Klägers eine in factum concipirte Replik der Formel einzufügen. Hätte der Kläger dem Prätor weiter nichts, als was zur Begründung seiner Publiciana nöthig war, vorgetragen, und hätten die Verklagten weiter nichts, als, selbst Eigenthümer der Sclaven zu sein, behauptet, so würde der Prätor jedenfalls nicht an die Einfügung einer exceptio i. d. gedacht, vielmehr die Beklagten durch das officium iudicis für genügend geschützt erachtet haben. Nur die Berücksichtigung der besonderen Gestaltung des vorliegenden Falles, (der Abwesenheit des Klägers, des Todes seines Mandatars, des Rechtsirrthums der Erben des Letzteren) und die Erwägung, dass hier die Einfügung einer exceptio auch im Interesse des Klägers und zur Ausführung der Restitution desselben nothwendig sei, konnte ihn zur Insertion einer exceptio iusti dominii in die

Formel veranlassen. Und so erklärt sich, dass Papinian sagt: causa cognita werde hier eine exceptio i. d. in die Formel gesetzt. — An diese anomale Aufrechterhaltung einer formell verlorenen Publiciana in der für unsere Stelle nachgewiesenen Weise wird auch bei l. 35 pr. de O. et A. 44, 7. (‚Publiciana ... cum rescissa usucapione redditur') zu denken sein. — Ob nun in unserem Falle die Verklagten die Ausführung der vom Prätor auf dem von Papinian angegebenen Wege zu gewährenden Restitution hintertreiben konnten, wenn sie der Insertion der exceptio i. d. widersprachen, oder sich auf das Bestreiten der klägerischen Behauptungen beschränkten, um erst in iudicio, also gesichert gegen eine Replik mit ihren Eigenthumsansprüchen hervorzutreten, oder ob auch wider ihren Willen und auf die einseitigen Angaben des Klägers hin der Prätor die exceptio i. d. inserirt haben würde? Darauf vermag ich eine Antwort nicht zu geben. — Interessant ist übrigens der Vergleich unserer Stelle mit der oben S. 90 besprochenen l. 21 § 4 qu. m. c. In letzterer konnte eine replicatio metus auf keine Weise ermöglicht werden, weil es eine exceptio acceptilationis oder contrarii consensus überhaupt nicht gab: in unserer Stelle konnte geholfen werden, wenn man sich nur entschloss, eine im Edict proponirte exceptio in einem Falle, wo sie nur an sich überflüssig und inelegant war, zu verwenden. — Um aber zu begreifen, wie Papinian auf eine so gewaltsame Art der Aushülfe kam, muss man sich erinnern, dass die Jurisprudenz seit der Julianischen Edictsredaction mit einer geschlossenen Zahl von formulae zu operiren, und sich mit ihnen auch neu hervortretenden Bedürfnissen gegenüber zu behelfen hatte, wo vielleicht früher der Prätor eine neue actio ficticia gegeben haben würde.

So liefert denn die l. 57 mand., wie ich meine, den Beweis, dass auch die Gewährung der Publiciana an den, der gezwungen eine Sache mancipirt hat, nur bei einer anomalen Anwendung der exceptio iusti dominii möglich gewesen wäre. Dass aber die Römer auch hier diese Unregelmässigkeit zugelassen hätten, dafür fehlt es uns an jedem Zeugniss; wohl aber glaube ich dargethan zu haben, dass sie derselben durch Gewährung besonderer actiones ficticiae aus dem Wege gegangen sind. (Vgl. S. 102 ff.).

concludente Handlungen). Hiernach beruhte die Wirksamkeit der pro h. g., wenngleich nicht allein, so doch wesentlich mit auf der voluntas suscipiendae hereditatis. Wurde nun, wie man zu behaupten pflegt, diese voluntas schlechthin für genügend erachtet, also ohne dass sie sich in Handlungen verkörperte, welche bereits die Ausübung einer Herrschaft über die hereditas kundgeben, so musste nothwendig die pro h. g. als eine selbstständige Erwerbart verschwinden und in der nuda voluntas suscipiendae hereditatis aufgehen; denn sie musste dann schon deshalb wirken, weil sie auch voluntas susc. her. war; was sie nebenbei noch war, musste gleichgültig sein; es war dann unmöglich, dass Erbschaftserwerb durch nuda voluntas nur als eine Unterart der pro h. g. angesehen, und unter diesem Namen mit begriffen ward. Statt nun aber, wie zu erwarten gewesen wäre, in den Quellen nur die cretio und die nuda voluntas susc. h. erwähnt zu sehen, finden wir die letztere nur in einer einzigen Stelle (Gai. II § 167), und zwar wie etwas ganz Nebensächliches behandelt, im Corpus iuris dagegen finden wir nicht nur die subjectiven, sondern auch die objectiven Voraussetzungen der pro h. g. sowohl von dem Gaius zeitlich vorangehenden, als auch von ihm nachfolgenden Juristen mit der grössten Ausführlichkeit erörtert (vgl. besonders den Titel de acqu. v. om. her. 29, 2).

Dass Labeo nun (l. 62 de acqu. her.) die blosse Erfüllung der der Erbeinsetzung zugefügten Bedingung ‚si iuraverit' für unzureichend zur Erwerbung der hereditas erklärt, quia iurando voluntatem magis declarasse videtur, würde nicht ausschliessen, dass nicht zu Gaius' Zeit ein solcher nur durch concludente Handlungen an den Tag gelegter Wille genügt haben könnte. Auffallender schon ist es, dass auch Javolenus (l. 62 cit.) noch durch die Erfüllung jener Bedingung nur dann die Erbschaft erworben sein lässt, wenn der Delat ‚ut heres' geschworen hat, also ein Schwören fordert, durch welches der Delat bereits einen Eingriff in die Erbschaft selbst vollzieht, während doch auch ein Schwören unter anderen Umständen auf das Vorhandensein des Willens, die Erbschaft zu erwerben, einen sichern Schluss gestatten konnte (vgl. auch Julian in l. 13 de cond. inst. 28, 7).

Völlig unverträglich aber mit der Annahme, dass zu Gaius' Zeit die nuda voluntas susc. her. eine allgemeine Erbschaftserwerbart gewesen sei, erscheint es, wenn noch Ulpian (lib. VII. ad Sab.) in l. 21 § 1 de acqu. v. om. her. sagt:

> Interdum autem animus solus eum obstringet hereditati, ut puta si re non hereditaria quasi heres usus sit.

Man wird vergeblich nach einem unterscheidenden Moment

zwischen der nuda voluntas bei Gaius und dem solus animus bei Ulpian suchen, und es ist auch unmöglich, etwa hier einen Meinungsstreit unter den römischen Juristen, oder gar eine von Gaius bis auf Ulpian stattgehabte Rechtsänderung anzunehmen; letztere müsste dann geradezu eine rückläufige, von der allgemeinen Zulässigkeit formlosen Erwerbs zu einer nur in gewissen Fällen (interdum) statthaften gewesen sein. Demnach wird auch die Bemerkung des Gaius nicht auf eine allgemein, sondern nur auf eine in gewissen Fällen zulässige Erwerbung der Erbschaft durch nuda voluntas bezogen, und in ihnen nichts anderes gefunden werden dürfen, als was uns auch Ulpian in l. 21 § 1 cit. lehrt. Aus letzterer aber erlangen wir nicht allein die Gewissheit, dass der solus animus, oder was dasselbe ist, die nuda voluntas keine allgemeine Erwerbart ist, sondern auch, dass man sich unter solus animus keineswegs jede beliebige Kundgebung des Willens, Erbe zu werden, durch Worte oder durch concludente Handlungen zu denken habe. Ulpian führt als Beispiel eines Erwerbes solo animo den Fall an, wenn Jemand eine res non hereditaria quasi heres in Gebrauch nimmt. Diesem Beispiel lässt sich mit Leichtigkeit das Kriterium entnehmen, welches für die Zulassung, und zugleich für die nähere Charakterisirung des Erwerbes durch solus animus bestimmend ist.

Es ist zunächst klar, dass unter der res non hereditaria hier nicht jede beliebige Sache, die mit der hereditas gar nichts zu thun hat, verstanden werden kann; quasi heres uti kann man nicht irgend welche einem Dritten gehörige Sache, die man etwa dem Eigenthümer wegnimmt; eine Sache quasi heres uti heisst: durch den Gebrauch der Sache wie der Erbe, wie der wirkliche Herr der Erbschaft erscheinen. Bei einer res non hereditaria ist dies aber nur dann möglich, wenn dieselbe, obwohl nicht rechtlich zur hereditas gehörig, doch thatsächlich in dieser sich befindet. Eine solche gehört doch äusserlich wenigstens in den Vermögenskreis des Erblassers; und dieses thatsächliche Verhältniss ist bekanntlich auch anderweitig von rechtlicher Bedeutung. Der Erbe kann eine derartige res non hereditaria mit der hereditatis petitio zurückfordern (l. 19 pr. de h. p. 5, 3), der Besitz einer solchen allein vermag schon die Passivlegitimation für die hereditatis petitio zu begründen (vgl. Brinz, Pand. II S. 685). Durch den Gebrauch einer solchen nun faktisch zum Nachlasse gehörigen Sache wird also der Delat Erbe, und er hat hier nach Ulpian die Erbschaft solo animo erworben. Vergleichen wir nun diese Erwerbart mit der eigentlichen pro h. g., so zeigt sich bei beiden der animus die Erbschaft zu erwerben, bei beiden ein diesen animus objectiv be-

thätigendes Handeln, als einziger Unterschied aber: dass dort die Handlung die Ausübung eines wirklichen Herrschaftsactes über die hereditas, ein Eingreifen in deren Rechtskreis ist, hier die Handlung des Delaten diesen Charakter nur in einem entfernteren Sinne hat, weil sie sich auf ein fremdes, nicht in der rechtlichen, sondern nur der thatsächlichen dereinstigen Herrschaftssphäre des Erblassers befindliches Object bezieht, dass aber doch auch hier das Requisit der Ausübung einer Herrschaft über die hereditas nicht völlig aufgegeben ist.

Gehört also zur eigentlichen pro h. g. der animus, Erbe zu sein, und ein denselben nicht blos scheinbar, sondern in Wahrheit bethätigendes Handeln, so fehlte es in dem von Ulpian angeführten Falle an dem zweiten Erfordernisse. Wurde hier trotzdem ein Erwerb der Erbschaft angenommen, so konnte, wenn man die Frage nach dem Vorhandensein der für die eigentliche pro h. g. nöthigen Voraussetzungen stellte, also vergleichsweise und relativ auf jenen, hier gesagt werden: die hereditas sei solo animo erworben; d. h. von den Erfordernissen der eigentlichen pro h. g. liege hier nur der animus vor; das corpus, die Einwirkung auf die rechtliche Sphäre der hereditas fehlte hier; damit ist aber nicht gesagt, dass ausser jenem animus weiter Nichts mehr erforderlich sei.

Vollkommen bestätigt wird uns jene relative und negative Bedeutung des Ausdrucks solus animus durch Paulus (l. I quaest.) in l. 88 de acqu. v. om. her.:

> Gerit pro herede, qui animo adgnoscit successionem, licet nihil attingat hereditarium unde et si domum pignori datam sicut hereditariam retinuit, cuius possessio qualisqualis fuit in hereditate, pro herede gerere videtur: idemque est, et si alienam rem ut hereditariam possedisset.

Auch Paulus erklärt hier keineswegs jeden beliebigen Ausdruck des blossen Willens, Erbe zu werden, für genügend; auch seine Beispiele beziehen sich auf Handlungen, die sich als ein Eintreten, wenngleich nicht in das rechtliche, so doch wenigstens in das thatsächlich vom Erblasser beherrscht gewesene Gebiet darstellen; die Worte ‚licet nihil attingat hereditarium‘ wollen daher nicht das attingere überhaupt, sondern nur das attingere rem hereditariam, die Besitznahme rechtlicher Bestandtheile der hereditas als unerheblich bezeichnen: ein pro herede gerere — so ist der Gedanke des Paulus — kann man auch dann annehmen, wenn das, was der Delat in Besitz genommen hat, nicht hereditarium ist, und in diesem Falle kann man sagen, die Erbschaft sei nur animo erworben.

Demnach ist der Erwerb solo animo mit Nichten ein Erwerb durch jede beliebige Willenserklärung durch Worte oder concludente Handlungen, sondern nur eine sehr beschränkte Erweiterung der pro herede gestio; sie ist gleichsam nur ein Appendix der letzteren. Nichts Anderes, als jene Fälle einer uneigentlichen pro h. g., wo interdum solus animus genügt, kann daher Gaius gemeint haben, wenn er die nuda voluntas unter den Erbschaftserwerbarten erwähnt; und wenngleich die Erläuterung, die uns Ulpian und Paulus für den Begriff des Erwerbes durch solus animus, oder vielmehr das von ihnen in der Rechtsübung vorgefundene Substrat, aus welchem sie jene Erwerbart abstrahirten, bei Gaius fehlt, so deutet doch auch er durch die Art der Anreihung der nuda voluntas mit ‚vel etiam' an die durch aut—aut verbundene cretio und pro herede gestio auf das Deutlichste an, dass diese die Arten des Erbschaftserwerbes seien, die nuda voluntas aber nur eine Unterart der zuletzt genannten Art, der pro herede gestio darstellt; wie im Rechte selbst, so erscheint sie auch in der Darstellung des Gaius nur wie ein Anhang der pro h. g.

Dass Gaius hier, wenn er nuda voluntas zum Erwerb der Erbschaft für genügend erklärt, trotzdem noch ein ferneres, von ihm nicht erwähntes Requisit für erforderlich gehalten haben soll, wird um so weniger auffallen, wenn man sich erinnert, dass er in der seinen libri rerum cottidianarum entnommenen l. 9 § 5 de acqu. rer. dom. 41, 1 in ganz gleicher Weise von nuda voluntas spricht:

> Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam commodavi aut locavi tibi aut apud te deposui, vendidero tibi. . .

Denkt man sich hier die von ihm gebrachten Beispiele fort, so könnte man mit demselben Rechte, wie man aus Gai. II 167 den formlosen Erbschaftserwerb ableitet, so hier den Satz ausgesprochen finden, dass der Eigenthümer durch den blossen irgendwie kundgegebenen Willen Jemandem das Eigenthum an seiner Sache zu übertragen, den Eigenthumsübergang bewirken könne, während doch in Wahrheit noch andere, und zwar objective Voraussetzungen hierbei nothwendig sind.

Eine Untersuchung über die weitere Entwicklung der Rechtsgrundsätze vom Erbschaftserwerbe und über die Frage, ob im späteren Rechte die hereditas durch jedwede formlose Privaterklärung acquirirt werden konnte, geht über den Zweck dieser Anmerkung hinaus. Nur zwei hierauf bezügliche Bemerkungen mögen hier trotzdem Platz finden.

thätigendes Handeln, als einziger Unterschied aber: dass dort die Handlung die Ausübung eines wirklichen Herrschaftsactes über die hereditas, ein Eingreifen in deren Rechtskreis ist, hier die Handlung des Delaten diesen Charakter nur in einem entfernteren Sinne hat, weil sie sich auf ein fremdes, nicht in der rechtlichen, sondern nur der thatsächlichen dereinstigen Herrschaftssphäre des Erblassers befindliches Object bezieht, dass aber doch auch hier das Requisit der Ausübung einer Herrschaft über die hereditas nicht völlig aufgegeben ist.

Gehört also zur eigentlichen pro h. g. der animus, Erbe zu sein, und ein denselben nicht blos scheinbar, sondern in Wahrheit bethätigendes Handeln, so fehlte es in dem von Ulpian angeführten Falle an dem zweiten Erfordernisse. Wurde hier trotzdem ein Erwerb der Erbschaft angenommen, so konnte, wenn man die Frage nach dem Vorhandensein der für die eigentliche pro h. g. nöthigen Voraussetzungen stellte, also vergleichsweise und relativ auf jenen, hier gesagt werden: die hereditas sei solo animo erworben; d. h. von den Erfordernissen der eigentlichen pro h. g. liege hier nur der animus vor; das corpus, die Einwirkung auf die rechtliche Sphäre der hereditas fehlte hier; damit ist aber nicht gesagt, dass ausser jenem animus weiter Nichts mehr erforderlich sei.

Vollkommen bestätigt wird uns jene relative und negative Bedeutung des Ausdrucks solus animus durch Paulus (l. I quaest.) in l. 88 de acqu. v. om. her.:

> Gerit pro herede, qui animo adgnoscit successionem, licet nihil attingat hereditarium unde et si domum pignori datam sicut hereditariam retinuit, cuius possessio qualisqualis fuit in hereditate, pro herede gerere videtur: idemque est, et si alienam rem ut hereditariam possedisset.

Auch Paulus erklärt hier keineswegs jeden beliebigen Ausdruck des blossen Willens, Erbe zu werden, für genügend; auch seine Beispiele beziehen sich auf Handlungen, die sich als ein Eintreten, wenngleich nicht in das rechtliche, so doch wenigstens in das thatsächlich vom Erblasser beherrscht gewesene Gebiet darstellen; die Worte ‚licet nihil attingat hereditarium‘ wollen daher nicht das attingere überhaupt, sondern nur das attingere rem hereditariam, die Besitznahme rechtlicher Bestandtheile der hereditas als unerheblich bezeichnen: ein pro herede gerere — so ist der Gedanke des Paulus — kann man auch dann annehmen, wenn das, was der Delat in Besitz genommen hat, nicht hereditarium ist, und in diesem Falle kann man sagen, die Erbschaft sei nur animo erworben.

Demnach ist der Erwerb solo animo mit Nichten ein Erwerb durch jede beliebige Willenserklärung durch Worte oder concludente Handlungen, sondern nur eine sehr beschränkte Erweiterung der pro herede gestio; sie ist gleichsam nur ein Appendix der letzteren. Nichts Anderes, als jene Fälle einer uneigentlichen pro h. g., wo interdum solus animus genügt, kann daher Gaius gemeint haben, wenn er die nuda voluntas unter den Erbschaftserwerbarten erwähnt; und wenngleich die Erläuterung, die uns Ulpian und Paulus für den Begriff des Erwerbes durch solus animus, oder vielmehr das von ihnen in der Rechtsübung vorgefundene Substrat, aus welchem sie jene Erwerbart abstrahirten, bei Gaius fehlt, so deutet doch auch er durch die Art der Anreihung der nuda voluntas mit ‚vel etiam' an die durch aut—aut verbundene cretio und pro herede gestio auf das Deutlichste an, dass diese die Arten des Erbschaftserwerbes seien, die nuda voluntas aber nur eine Unterart der zuletzt genannten Art, der pro herede gestio darstellt; wie im Rechte selbst, so erscheint sie auch in der Darstellung des Gaius nur wie ein Anhang der pro h. g.

Dass Gaius hier, wenn er nuda voluntas zum Erwerb der Erbschaft für genügend erklärt, trotzdem noch ein ferneres, von ihm nicht erwähntes Requisit für erforderlich gehalten haben soll, wird um so weniger auffallen, wenn man sich erinnert, dass er in der seinen libri rerum cottidianarum entnommenen l. 9 § 5 de acqu. rer. dom. 41, 1 in ganz gleicher Weise von nuda voluntas spricht:

> Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam commodavi aut locavi tibi aut apud te deposui, vendidero tibi. . .

Denkt man sich hier die von ihm gebrachten Beispiele fort, so könnte man mit demselben Rechte, wie man aus Gai. II 167 den formlosen Erbschaftserwerb ableitet, so hier den Satz ausgesprochen finden, dass der Eigenthümer durch den blossen irgendwie kundgegebenen Willen Jemandem das Eigenthum an seiner Sache zu übertragen, den Eigenthumsübergang bewirken könne, während doch in Wahrheit noch andere, und zwar objective Voraussetzungen hierbei nothwendig sind.

Eine Untersuchung über die weitere Entwicklung der Rechtsgrundsätze vom Erbschaftserwerbe und über die Frage, ob im späteren Rechte die hereditas durch jedwede formlose Privaterklärung acquirirt werden konnte, geht über den Zweck dieser Anmerkung hinaus. Nur zwei hierauf bezügliche Bemerkungen mögen hier trotzdem Platz finden.

